Hrdiner

# Praktisches

# Pandektenrecht

von

Johann Adam Seuffert.

Dritter Band.

Dritte vermehrte und verbesserte Auflage.

Würzburg.
Verlag der Stahel'schen Buchhandlung.
1852.

# Schlußwort.

Wenn sich die dritte Auflage des praktischen Pandektenrechtes von der vorigen durch eine größere Anzahl von Zusätzen und Aenderungen unterscheidet, als sonst bei so rascher Aufeinanderfolge zweier Auflagen vorzukommen pflegt, so hängt das mit dem Umstande zusammen, daß die Revisionsarbeit der zweiten Auflage größtentheils in eine für solche Geschäfte sehr ungünstige Zeit gefallen war, nämlich in die Jahre 1848 und 1849. Der dritte Band erscheint jetzt in mehreren §en umgestaltet und mit einer durch Zusätze um 78 vermehrten Seitenzahl; einbegriffen die meistens auf die neuesten Mittheilungen aus der Praxis*) Bezug nehmenden Zusätze, welche, nebst einigen Berichtigungen, ein dem Register vorangeschickter Anhang zu nachstehenden §en bringt: 4, 10, 11, 14, 17, 23, 28, 29, 31, 32, 41, 42, 52, 55, 56, 57, 64, 71, 73, 74, 77, 87, 88, 95, 99, 101, 102 (vergleiche auch den Nachtrag Seite 424), 113, 118, 119, 123, 132, 143, 150, 152, 154, 162, 164, 165, 169, 175, 181, 197, 201, 229, 233, 235, 242, 245, 256, 258, 259, 264, 265, 266, 267, 271, 272, 276, 287,

*) Insbesondere diejenigen, welche sich in dem kürzlich erschienenen ersten und dem unter der Presse befindlichen zweiten Hefte Bd. V. meines Archivs für oberstrichterliche Entscheidungen finden.

288, 289, 296, 298, 299, 300, 303, 308, 309, 311, 316, 318, 319, 323, 324, 326, 327, 329, 331, 332, 334, 336, 337, 338, 339, 342, 343, 346, 356, 357, 360, 361, 363, 364, 365, 367, 368, 383, 384, 385, 387, 389, 401, 405, 411, 414, 415, 418, 419, 421, 422a, 423, 428, 436, 437, 439, 446, 449, 453, 458, 459, 469, 478, 482, 486, 499, 506, 507, 514, 525, 530, 531, 534, 535, 548, 555, 574, 577, 584, 591, 602, 609, 640, 641, 643. — Mögen sich die Besitzer des Buches die geringe Mühe geben, den angeführten §en (wie solches im Register geschehen) ein * beizusetzen, um bei der Benützung an die dazu gehörigen Zusätze erinnert zu werden.

Niemand wird es in Zweifel ziehen, daß sich durch möglichst umfassende Beachtung der Rechtsanwendung bedeutender Gewinn für die Rechtslehre erringen lasse, nicht bloß zur Bereicherung, sondern auch zur Berichtigung, indem die Probe, auf welche der Praktiker einen Rechtsbegriff oder Rechtssatz stellt, zur Erkenntniß seiner Mangelhaftigkeit führen kann. Für den Versuch in dieser Richtung, welchen ich machte, hoffe ich die Anerkennung, daß er nicht ohne Erfolg geblieben sey. Aber ich hoffe auch, daß rüstigere Kräfte auf dem betretenen Wege fortschreiten, und durch tiefer gehende Verarbeitung des sich ansammelnden Stoffes für Wissenschaft und Praxis künftig eine viel reichere Ausbeute gewinnen werden.

München, im Juni 1852.

**Der Verfasser.**

# Inhalts-Anzeige.

## Drittes Buch.

## Von den Familienrechten.



### Erstes Hauptstück.

### Von der Ehe.



*) Vgl. unten den Zusatz zu diesem §en S. 420.
**) Vgl. unten S. 421.
***) Hiezu unten S. 421.

## Zweites Hauptstück.

### Von der väterlichen Gewalt.



*) Hiezu unten S. 421.
**) Vgl. unten S. 421.
***) Hiezu vgl. unten S. 421.
†) Vgl. unten S. 421.
††) Hiezu unten S. 421.

## Drittes Hauptstück.

## Von der Vormundschaft.



*) Hiezu unten S. 421.
**) Vgl. unten S. 422.

## Viertes Buch.

## Das Erbrecht.

### Erstes Hauptstück.

### Allgemeine Lehren.



### Zweites Hauptstück.

### Von der directen Erbfolge.

#### Erster Abschnitt.

#### Von der Delation.



*) Vgl. unten S. 422.
**) Vgl. den Zusatz S. 422.
***) S. unten S. 422.

*) Vgl. unten S. 422.
**) Vgl. den Zusatz S. 422.
***) S. unten S. 423.
†) Vgl. den Zusatz S. 423.
††) Hiezu unten S. 423.

## Zweiter Abschnitt.

### Von dem Erwerbe und dem Verluste der Erbfolge.



---

*) Vgl. den Zusatz S. 423.
**) Vgl. unten S. 423.

*) Vgl. unten S. 423.
**) Hiezu den Zusatz S. 423.
***) S. hiezu S. 423.
†) S. unten S. 423.

## Drittes Hauptstück.

### Von den übrigen Arten der Succession von Todeswegen.



*) Vgl. den Zusatz S. 423.
**) Vgl. unten S. 423.

## Dritter Abschnitt.
### Von den Universalfideicommissen.



## Vierter Abschnitt.
### Von der Schenkung von Todeswegen und anderm Erwerbe auf den Todesfall (mortis causa capio).



*) In der Ueberschrift statt „gemachten" lies „vermachten".
**) Vgl. unten S. 424.
***) Hiezu den Zusatz S. 424.
†) Vgl. unten S. 424.

## Viertes Hauptstück.

### Von den Notherben.



---

## Fünftes Buch.

### In integrum restitutio.



---

# Drittes Buch.

# Von den Familienrechten.

---

# Drittes Buch.

# Von den Familienrechten.

## §. 440.

## Vorbemerkungen.

Die Familienverhältnisse, Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft treffen darin mit den Obligationen zusammen, daß das Recht gegen eine bestimmte Person gerichtet ist; aber es geht nicht bloß auf einzelne vorübergehende Leistungen willkürlicher Natur, sondern auf ein fortdauerndes, die Person im Ganzen erfassendes, den Charakter der Nothwendigkeit tragendes Verhältniß [1]). Mit den dinglichen sind die Familienrechte darin verwandt, daß sie gegen jeden Dritten, welcher deren Ausübung beeinträchtigt, geltend gemacht werden können [2]). Die Klagen, durch welche die Anerkennung eines Familienrechtes gesucht wird, heißen actiones praejudiciales [3]), indem deren Erfolg für mannich-

1) Heise Grundriß ed. III. S. 16 Note 5. Savigny System Bd. I. §. 53—55. — Dem in verschiedenen Abstufungen erscheinenden und sich unmerklich verlierenden Familienverhältnisse der Verwandtschaft ist deßwegen kein besonderes Hauptstück gewidmet, weil die Verwandten als solche, abgesehen von der nur bei einigen Arten der Verwandtschaft eintretenden Obligation auf Alimente (§. 449) und von dem Einflusse auf das Erbrecht (wovon im vierten Buche), keine Rechte gegeneinander haben. Savigny a. a. O. S. 254 f.

2) Vergl. §. 13 Inst. de act. (4, 6). Vergl. Savigny System Bd. I. §. 54 S. 355 f.; Bd. V. §. 207 S. 19 f.

3) Ueber eine weitere Bedeutung dieses Ausdrucks vergl. §. 24 Note 1.

fache, vom Familienstande abhängige Rechte präjudiciell ist. Dieselben werden entweder zur Geltendmachung der Familienrechte des Klägers, oder zur Bestreitung derjenigen erhoben, welche der Beklagte in Anspruch nimmt. Hiernach zerfallen sie in die affirmativen und negativen Präjudicialklagen. Wer hierbei den bisher bestandenen und anerkannten Zustand anficht, den trifft die Beweislast[4]). Wenn die rechtmäßige Geburt eines Kindes bestritten worden, so soll das Urtheil, welches in dem vom Vater geführten Rechtsstreite ergangen ist, nicht bloß für die Parteien, sondern auch für alle übrigen Familienglieder, namentlich für die Geschwister des Kindes die Wirkung der Rechtskraft haben[5]). Präjudicialklagen über den Familienstand eines Verstorbenen sollen, sofern dadurch eine Verschlimmerung der bei dessen Lebzeiten stattgefundenen Lage bezweckt wird, 5 Jahre nach dem Tode nicht mehr zulässig seyn[6]).

---

4) Arg. fr. 14, 20 de prob. (22, 3); fr. 41 pr. de liber. caus. (40,12). Bl. f. RA. V, S. 260.

5) Vergl. fr. 1 §. 16; fr. 2, fr. 3 pr. de agnosc. lib. (25, 3). Savigny System Bd. VI. §. 301 S. 472 f. Ein contradictorisches Urtheil wird vorausgesetzt, indem Obiges für Contumacialurtheile nicht gilt. Arg. fr. 27 §. 1 de lib. causa (40, 12) vgl. mit fr. 24 de dolo (4, 3). Auch darf keine Collusion unter den Parteien zum Grunde liegen. Tit. Dig. de collus. (40, 16).

6) Fr. 1 pr. §. 1, 4; fr. 3 ne de statu defunct. (40, 15). Vergl. besonders fr. 1 §. 2 eod.: „Immo nec de viri statu quaerendum est, si quaestio hujus praejudicium facit ei, qui ante quinquennium decessit." Savigny, System Bd. II. S. 467 f., Bd. IV. S. 314 Note h.

Erstes Hauptstück.

# Von der Ehe.

---

## §. 441.

## I. Begriff.

Ehe ist die mit dem Zwecke einer ungetheilten Lebensgemeinschaft unter gewissen Formen (§. 445 Nr. 3) eingegangene Geschlechtsverbindung eines Mannes und eines Weibes [1]). Das Band der Ehe ist zunächst bestimmt, der Geschlechtsverbindung, aus welcher die Fortpflanzung des Geschlechtes erfolgt, eine besondere Weihe zu geben. Indessen kann die Ehe, auch ohne daß die Zeugung von Kindern gehofft werden mag, ausnahmsweise bloß zu dem Zwecke der ungetheilten Lebensgemeinschaft eingegangen werden [2]). Wesentlich ist es, daß bei der Eingehung die Dauer auf Lebenszeit beabsichtigt wird. Die Verehelichung auf einige Zeit ist unzulässig [3]). — Die Eingehung der Ehe hat die Merkmale eines Vertrages [4]),

---

1) §. 1 Inst. de patr. pot. (1, 9): „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitae consuetudinem continens." Fr. 1 de ritu nupt. (23, 2): „Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio."

2) C. 27 de nuptiis (5, 4).

3) S. Note 1.

4) Vergl. Savigny System Bd. III. §. 141 S. 320: „Wenn der Geistliche die Verlobten fragt, ob sie einander Liebe und Treue beweisen wollen bis in den Tod, und sie diese Frage bejahen, so hat ihre Er-

dessen Wirksamkeit durch Beobachtung von gewissen Formen bedingt ist[5]).

Die aus der Ehe entspringenden (persönlichen und Vermögens-) Rechte bestimmen sich nach den Gesetzen des Ortes, an welchem die Eheleute nach Eingehung der Ehe ihren Wohnsitz nehmen[6]). Spätere Veränderungen des Wohnortes haben keinen Einfluß mehr[7]).

---

klärung . . . den Sinn, daß sie sich der von dem Christenthume geforderten Gestalt der Ehe bewußt sind, und daß sie den übereinstimmenden Willen haben, in dieser Weise ihr gemeinsames Leben zu führen. Weil von dieser Willenserklärung die Anerkennung der Ehe als eines Rechtsverhältnisses abhängt, nennen wir sie mit gutem Grund einen Vertrag."

5) Es handelt sich hier nicht von der particulargesetzlich erforderlichen administrativen Verehelichungserlaubniß (§. 442 a. E.), sondern von dem religiösen Acte, durch welchen (abgesehen von den Landestheilen, für welche die s. g. Civilehe besteht) das eheliche Verhältniß zu Stande kommt. — Ist für Staatsgenossen, die außer jedem anerkanntem Religionsverbande stehen, eine besondere Form nicht vorgeschrieben, so läßt sich freilich die Giltigkeit der unter ihnen geschlossenen Ehen wegen Mangels der Form nicht beanstanden. Vgl. §. 445 Note 2. — Fehlt außerdem die erforderliche Form, so ist die mit Verabredung der Lebensgemeinschaft eingegangene Geschlechtsverbindung immer nur Concubinat. Vergl. Savigny, System Bd. IV. S. 167. — Diese Art von Verbindung bestand bei den Römern als ein erlaubtes, selbst einige rechtliche Folgen erzeugendes Institut neben der Ehe. Die Eingehung der beiden Geschlechtsverhältnisse war blos durch die Absicht der Contrahenten verschieden. Heutzutage fällt der Concubinat in die allgemeine Kategorie der außerehelichen unerlaubten Geschlechtsverbindung; die Anerkennung desselben als eines Rechtsinstitutes besteht nicht mehr, daher auch die auf dieser Anerkennung beruhenden Rechtssätze keine Anwendung mehr finden. Pufendorf, Obs. III, 89.

6) In Ansehung der Sponsalien und Eheverträge vgl. Bl. f. RA. XIII S. 236 f. Von Anwendung des mosaischen Rechtes in Verlöbnißsachen der Juden ebend. VIII S. 123.

7) Pufendorf, Obs. II, 121. Hagemann, prakt. Erört. VI, 24. Vergl. Bl. f. RA. XI. S. 92. Seufferts Archiv I Nr. 152. Dessen Commentar über die bayer. G.-O. Bd. 1 S. 236 f. Wächter im Archiv für civ. Pr. XXV, S. 47 f. Savigny, System Bd. VIII. §. 379 S. 328 f. S. jedoch unten §. 447 Note 2, §. 562 Note 1.

§. 442.

## II. Von der Eingehung der Ehe [1]).

### A. Erfordernisse.

Zur giltigen Eingehung der Ehe ist erforderlich, daß

1) die Personen zur Beiwohnung körperlich reif [2]),

2) nicht absolut zeugungsunfähig [3]), wobei jedoch die durch hohes Alter bewirkte Unfähigkeit nicht im Wege steht [4]), und

3) nicht bereits durch eine schon bestehende Ehe gebunden sind [5]).

Ist eine frühere Ehe durch Tod des Mannes oder Scheidung getrennt, so darf sich die Frau erst nach Jahresfrist wieder verheirathen [6]).

Wo das Landesgesetz die Einholung der Verehlichungserlaubniß von Seite der Verwaltungsbehörde vorschreibt, ist die civilrechtliche Wirksamkeit auch durch Beobachtung dieser Vorschrift bedingt.

§. 443.

### B. Ehehindernisse.

#### 1) Einzelne Fälle [1]).

Die Eingehung der Ehe ist verboten:

1) Zwischen Blutsverwandten und zwar in der gera-

---

1) Die Lehren von der Eingehung und Trennung der Ehe werden hier um deßwillen kürzer behandelt, weil das Kirchenrecht die ausführliche Darstellung liefert.

2) Pr. Inst. de nuptiis (1, 10): „Justas nuptias — contrahunt masculi quidem puberes, feminae autem viri potentes.“ Vergl. Savigny, System Bd. II S. 55, 71.

3) Fr. 39 §. 1 de jure dot. (23, 3). Vgl. Tit. X. de frigidis et maleficiatis, et impotentia coeundi (4, 15).

4) C. 27 de nupt. (5, 4).

5) §. 6, 7 Inst. de nupt. (1, 19). C. 2 de incest. et inutil. nupt. (5, 5). Vergl. Savigny, System Bd. III S. 182.

6) Fr. 1, 11 §. 1 de his qui not. infam. (3, 2). C. 1, 2 de secund. nuptiis (5, 9). Vergl. auch §. 464 Note 14.

1) Die kanonischen Hindernisse: Gelübde der Keuschheit, geistliche Verwandtschaft, geschlossene Zeiten, Mangel des Aufgebots werden hier übergangen.

den Linie ohne Beschränkung des Grades [2]), in der Seitenlinie [3]), unter Geschwistern, sowie unter Personen, von welchen die eine zur andern im Verhältnisse des respectus parentelae steht [4]).

Gleiche Wirkung mit der Blutsverwandtschaft hat die durch die Adoption entstandene [5]).

2) In dem nämlichen Grade, in welchem die Ehe wegen Verwandtschaft verboten ist, ist sie es auch wegen Schwägerschaft [6]); nebstdem wegen der sog. Quasi-Schwägerschaft

a) zwischen dem Ehemanne und der von der geschiedenen Ehefrau mit einem anderen Manne erzeugten Tochter [7]);

b) zwischen dem Vater und der Braut des Sohnes;

c) zwischen dem Sohne und der Braut des Vaters [8]);

d) zwischen dem Stiefvater und des Stiefsohnes Wittwe und

e) zwischen dem Stiefsohne und des Stiefvaters Wittwe [9]).

Wegen Religionsverschiedenheit ist

3) die Ehe zwischen Christen und Juden [10]),

wegen Verbrechens

4) die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin [11]),

---

2) §. 1 Inst. de nuptiis (1, 10).

3) §. 2 Inst. eod. Das kanonische Recht dehnt hier das Verbot bis auf den 4. Grad (kanon. Berechnung) aus. Cap. 8 X. de consanguin. et affin. (4, 14).

4) §. 3, 5 Inst. de nuptiis.

5) In der geraden Linie dauert das Hinderniß auch nach der Trennung der Adoptivverbindung fort, nicht so in der Seitenlinie. Vergl. §. 1 Inst. de nupt.; fr. 12 §. 4, fr. 14 pr. §. 1, fr. 17 pr., fr. 55 de ritu nuptiarum (23, 2).

6) §. 6, 7 Inst. de nuptiis; fr. 14, §. 4 de ritu nuptiarum. Vergl. §. 8 Inst. de nupt.; fr. 34 §. 2 de ritu nupt. Das kan. Recht erstreckt das Verbot bei der ehelichen Schwägerschaft bis auf den vierten, bei der außerehelichen bis auf den zweiten Grad (seiner Berechnungsweise). C. 8 de consang. et affin. (4, 14). Vgl. Concil. Trid. Sess. XXIV. Can. 4.

7) §. 9 Inst. de nuptiis.

8) §. 9 Inst. cit.

9) Fr. 15 de ritu nup. (23, 2).

10) C. 6 de judaeis (1, 9).

11) Fr. 26 de ritu nuptiarum (23, 2); fr. 13 de his quibus ut indignis (34, 9). Nov. 134 cap. 12. Vergl. Cap. 3, 6 X. de eo qui duxit in matrim. quam polluit in adult. (4, 7).

zwischen dem Entführer und der Entführten [12]) verboten. Nebstdem soll

5) der Vormund, so wie dessen noch in väterlicher Gewalt stehender Sohn die Mündel vor Berichtigung der Vormundschaftsrechnung nicht heirathen dürfen [13]).

## §. 444.

### 2) Wirkungen der Ehehindernisse [1]).

Das Daseyn eines Ehehindernisses bewirkt die Nichtigkeit der ungeachtet desselben eingegangenen Ehe [2]). Wenn jedoch auch nur der eine Theil das vorhandene Hinderniß nicht kannte, so wird die Verbindung als putative Ehe betrachtet, der irrende Theil genießt alle Rechte eines wirklichen Ehegatten und die erzeugten Kinder gelten als legitim. Jedoch muß er, sobald er von dem Daseyn des Hindernisses Kunde erhält, die bisherige Verbindung aufgeben, oder mit Zustimmung des Anderen Dispensation nachsuchen [3]).

## §. 445.

### C. Vom Willensacte.

Die Eingehung der Ehe erfordert

1) die Zustimmung der Personen, unter deren väterlichen Gewalt die beiden Theile stehen [1]), und geschieht

---

12) C. un. de rapt. virg. (9, 13). Nov. 143. Vergl. C. 6, 7 X. de rapt. (5, 7).

13) Fr. 59, fr. 62 §. 2, fr. 66 de ritu nupt. (23, 2).

1) Die Lehre von den Wirkungen des Unterschiedes zwischen impedimenta dirimentia und impedientia, so wie die näheren Grundsätze von Dispensationen gehören zur Sphäre des Kirchenrechts.

2) §. 12 Inst. de nuptiis. Vergl. Tit. Cod. si nuptiae ex rescript. pet. (5, 8).

3) Fr. 57 §. 1 de ritu nuptiarum (23, 2); C. 4 de incest. nupt. (5, 5). Vergl. Cap. 8, 11, 14 X. qui filii sint legit. (4, 17).

1) Der Mangel dieser Zustimmung bewirkte nach römischen Rechte Nichtigkeit der Ehe. Pr. Inst. de nuptiis (1, 10); fr. 11 de statu hominum (1, 5). Vergl. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten Bd. I. §. 38. — Bei den Katholiken findet dies keine Anwendung mehr. Concil. Trident.

2) durch Erklärung der beiderseitigen Einwilligung[2]). Ueber den Einfluß von Fehlern der Willensbestimmung kommen im Allgemeinen die bei Verträgen geltenden Grundsätze zur Anwendung. Indessen sind erzwungene[3]) und durch Betrug (dolus dans causam) veranlaßte[3a]) Ehen nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig. Dasselbe gilt, wenn ein die Identität der Person betreffender Irrthum stattgefunden hat[4]).

3) Die kirchliche Form der Eingehung ist bei den verschiedenen Religionsverwandten verschieden bestimmt[5]).

## §. 446.

## D. Von Sponsalien.

Der wirklichen Eingehung der Ehe geht häufig ein Verlöbniß voraus, d. h. ein Vertrag, wodurch man sich künftig zu ehelichen

---

Sess. XXIV. C. 1. Vergl. G. L. Boehmer, de necessario parentum consensu in nuptias liberorum (in elect. jur. civ. Tom. I.) Bei ungegründeter Weigerung kann auf Supplirung des Consenses geklagt werden. Fr. 19 de ritu nupt. — Ist ein Arrogirter gehalten, den Consens seiner natürlichen Eltern zu seiner Verheirathung nachzusuchen? — S. Seufferts Archiv I Nr. 70. — Von der Einwilligung in die Ehe durch Stillschweigen vgl. C. 5, 25 de nupt. (5, 4). Savigny, System Bd. III. S. 250.

2) Fr. 30 de reg. juris: „Nuptias non concubitus, sed solus consensus facit." Vgl. fr. 2 de ritu nupt. (23, 2).

3) C. 15, X. de spons (4, 1); C. 2, X. de eo qui dux. (4, 7). Savigny, System Bd. III. §. 114 Note 2.

3a) Savigny, System Bd. III. S. 117. — Täuschung über das in die Ehe zu bringende Vermögen als Nichtigkeitsgrund — s. hierüber Seufferts Archiv I. Nr. 235, III. Nr. 66.

4) Nicht aber, wenn der Bräutigam die Braut irriger Weise für eine Jungfrau hielt. Causa 29 qu. 1 can. unic. §. 5. — Vergl. übrigens Savigny System Bd. III. S. 270, 362.

5) Hievon hat das Kirchenrecht Kunde zu geben. — Ueber den Fall, wenn Einwohner eines Landes, dessen Gesetz die Ehe an die kirchliche Trauung bindet, im Ausland, dessen Gesetz blos juristische Formen fordert, eine Ehe nach diesen eingehen, — vgl. Savigny System Bd. VIII. S. 357.

gegenseitig verspricht[1]). Vorhandene Ehehindernisse machen auch das Verlöbniß ungültig[2]); nur kann dasselbe für den Fall künftiger Beseitigung des Hindernisses gültig eingegangen werden[3]). Die Eingehung geschieht durch bloße Willenserklärung[4]), und erfordert zu ihrer Wirksamkeit, wenn noch der eine oder der andere Theil unter väterlicher Gewalt steht, die Zustimmung des Vaters[5]). S. auch §. 502 Note 1. Zum Zeichen und Beweise des eingegangenen Verlöbnisses dient häufig die arrha sponsalitia (Mahlschatz)[6]).

Durch das Verlöbniß erhält jeder Theil das Recht, den Vollzug der Ehe zu verlangen[7]). Auf beharrliche Weigerung des einen

---

1) Fr. 1 de sponsalibus (23, 1).

2) Fr. 60 §. 5 de ritu nupt. (23, 2).

3) Fr. 10 §. 1 eod.; fr. 14 de sponsal. S. jedoch fr. 15 eod. Ein Verlöbniß mit einem Kinde unter 7 Jahren ist ganz unwirksam, wogegen ein Verlöbniß mit einer unmündigen Person über 7 Jahr nur für diese unverbindlich ist. Vergl. Cap. 4, 5, 7, 8 X. de desponsat. impub. (4, 2). Cap. 1 de despons. impub. in VIto (4, 2). Sponsalien können auch unter Abwesenden brieflich oder durch Bevollmächtigte eingegangen werden. Vergl. fr. 4 §. 1, fr. 18 eod. Häufig werden mit dem Verlöbnisse Verabredungen über die ehelichen Rechtsverhältnisse verbunden. Vergl. Blätter für R.-A. XIII. S. 236.

4) Fr. 4 pr., fr. 11 eod.

5) Fr. 7 §. 1 de sponsal. vgl. mit pr. Inst. de nuptiis (1, 10).

6) Vergl. fr. 38 de ritu nuptiarum (23, 2); C. 5 de spons. (5, 1). Die Arrha sponsal. (manchmal in dem Verlöbnißringe, annulus pronubus, bestehend) verbleibt, wenn die Ehe zu Stande kommt, dem Empfänger; sie wird zurückgegeben, wenn die Ehe ohne Schuld eines Theiles vereitelt wird, wohingegen der Empfänger, wenn die Schuld an ihm liegt, zur doppelten Erstattung verbunden ist, und, wenn die Ehe durch Schuld des Gebers unterbleibt, das Empfangene behält. C. 3, 5 de sponsal. (5, 1). S. auch §. 437 Nr. 3. Ueber munera sponsalitia vgl. C. 11, 12, 15, 16 de donat. ante nupt. (5, 3). Spangenberg, im Archiv für civ. Pr. XII. S. 269. Nach römischem Rechte war das zur Bestätigung des Verlöbnisses gegebene Versprechen einer Conventionalstrafe unwirksam. Fr. 134 de V. O. (45, 1); fr. 71 §. 1 de condit. et demonstr. (35, 1). C. 5 de sponsal. (5, 1). C. 2 de inutil. stipul. Die deutsche Praxis läßt dasselbe zu, so daß sich der Verlobte durch Zahlung der Conventionalstrafe von der Verlöbnißpflicht befreien kann. Hofacker, Principia §. 390.

7) Cap. 10, 22 X. de spons. — Nach römischem Rechte fand keine Klage aus dem Verlöbnisse statt. C. 1 de sponsal. (5, 1).

Theiles mag wohl der richterliche Zwang durch Geld- und Gefängnißstrafe versucht werden [8]), allein eine wirkliche Zwangs-Copulation ist unzulässig [9]); vielmehr wird der Schuldige in solchen Fällen zu einer angemessenen Entschädigung verurtheilt [10]). Ist derselbe diese zu leisten unvermögend, oder war bereits der Beischlaf vollzogen, so kann der Richter zu Gunsten der verlassenen Braut und der erzeugten Kinder aussprechen, daß die vereitelte Ehe, soviel die bürgerlichen Wirkungen betrifft, als wirklich eingegangen zu betrachten sey [11]).

Hat sich Jemand nacheinander mit mehreren Personen verlobt, so hat das älteste der Verlöbnisse den Vorzug [12]). Wenn jedoch der frühere Verlobte wegen der in Eingehung weiterer Sponsalien liegenden Untreue aufkündigt, so convalesciren die letzteren [13]).

Die Aufhebung eines gültigen Verlöbnisses erfolgt

1) durch den Tod eines der Contrahenten,

2) durch gegenseitige Entsagung,

3) durch einseitige Aufkündigung, wozu jeder Theil befugt ist, wenn der andere die Verlöbnißtreue bricht [14]), eine auffallende,

---

8) Hofacker l. c. §. 391.

9) Cap. 17, X. de sponsal. (4, 1).

10) J. H. Boehmer J. E. P. Lib. IV. Tit. 1 §§. 53, 54. Vgl. hierüber Bl. f R.-A. IX, 109. Bei dem richterlichen Ermessen in Ansehung des Betrags kommen die beiderseitigen Standes- und Vermögensverhältnisse in Erwägung, ingleichen die Art und Weise, wie der Rücktritt vom Ehegelöbniß erklärt wurde, nämlich ob diese Erklärung mit besonderen, dem guten Ruf des klagenden Theiles nachtheiligen Umständen begleitet war. — Vgl. auch §. 427 Nr. 4.

11) Pufendorf, Observ. Tom. I. obs. 210, Tom. IV. obs. 245. Vergl. Kind Quaest. for. ed. II. Tom. IV. Cap. 11.

12) Cap. 15, 22 X. de sponsal. (4, 1).

13) Hofacker, l. c. §. 394.

14) Dies kann geschehen

a) durch fleischliche Vermischung mit einer andern Person,

b) durch unzüchtige Lebensart der Braut,

c) durch Eingehung eines weiteren Verlöbnisses,

d) durch ungebührliche Verzögerung des Vollzugs der Ehe, sofern daraus die Absicht, den andern Theil zu täuschen, geschlossen werden kann.

Vergl. C. 5, 22 X. de sponsal. (4, 1); Cap. 25 X. de jurejur. (2, 24).

körperliche Entstellung erleidet, oder in eine unheilbare, das eheliche Zusammenleben verkümmernde Krankheit verfällt [15]).

§. 447.

## III. Von der Aufhebung der Ehe.

Eine bestehende Ehe wird aufgehoben durch den Tod eines Ehegatten und durch Scheidung.

Unter Ehescheidung versteht man die bei Lebzeiten beider Ehegatten erfolgende Trennung einer gültig eingegangenen Ehe. Sie ist von dem Rechtsacte zu unterscheiden, durch welchen die Nichtigkeit einer Ehe richterlich ausgesprochen wird. — Nach der Lehre der Katholiken kann das Ehebündniß selbst bei Lebzeiten beider Ehegatten nicht getrennt werden [1]). Indessen hat (abgesehen von dem obwaltenden Hindernisse einer weiteren Verehelichung — §. 442 Nr. 3) die bei ihnen zulässige lebenslängliche Scheidung von Tisch und Bett (Aufhebung der Lebensgemeinschaft, insbesondere der Verbindlichkeit zum Beischlafe) dieselben civilrechtlichen Wirkungen, wie die wirkliche Aufhebung der Ehe [1a]).

Die Ehescheidung kann nicht durch gegenseitiges Einverständniß, noch weniger durch einseitige Aufkündigung [2]), sondern bloß durch

---

15) Cap. 25 cit.: „Si mulier fieret non solum leprosa, sed etiam paralytica, vel oculus vel nasum amitteret, vel quidquam turpius ei eveniret.“ Nebstdem werden von den Praktikern Religionsveränderung, Begehung eines Verbrechens, Sittenverschlimmerung und dgl. als Aufkündigungsgrund angeführt. Hofacker I. c. 399.

1) Concil. Trident. Sess. XXIV. Can. 5, 7, 8.

1a) Vergl. Glück im Comment. XXVI. S. 465.

2) Ueber das römische Recht vgl. C. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern. Stuttgart 1822. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten. Bd. I. Cap. 7—9. — Ueber Statuten-Collision und Anwendung neuer Gesetze in Bezug auf Ehescheidung — vgl. Savigny, System Bd. VIII. §. 379 S. 337, §. 399 S. 524. — Von Ehescheidungen unter Juden vgl. Bl. f. R.-A. II, 293; VII, 56; XIV, 14, 219, 233, 293, 400. S. auch Seufferts Archiv III. Nr. 70.

richterliches Erkenntniß geschehen[3]). Hierauf anzutragen ist der einzelne Ehegatte befugt[4]), wenn der andere sich eines Ehebruches schuldig gemacht[5]) oder den Imploranten böslich, d. h. mit der Absicht, die eheliche Lebensgemeinschaft aufzuheben, verlassen hat[6]).

Die Ehescheidung bewirkt die Auflösung der durch die Ehe zwischen den Ehegatten begründeten Rechtsverhältnisse[7]).

Wesentlich verschieden von der auf Lebenslang erkannten Trennung ist die auf einige — bestimmte oder unbestimmte — Zeit verfügte Scheidung von Tisch und Bett. Sie wird

---

3) Causa 33, qu. 2 can. 1; cap. 6 X. de divort. (4, 19) cap. 10 X. de restit. spoliat. (2, 13).

4) Diese Befugniß geht
   a) durch gleiche Verschuldung, cap. 6, 7 X. de adulter. (5, 16). Seufferts Archiv II. Nr. 194,
   b) durch Verzeihung verloren; letztere wird stillschweigend durch Gestattung des Beischlafs erklärt, cap. 25, X. de jurejur. (2, 24). Seufferts Archiv II. Nr. 193; Bl. f. R.-A. XII, 349.

   Sie findet
   c) nicht statt, wenn der Schuldige von dem Andern zur Untreue verleitet wurde, cap. 6. X. de eo qui cogn. consanguin. (4, 13). Vgl. Seufferts Archiv II. Nr. 193 und 194.

5) Causa 32 qu. 5 can. 23; qu. 6 can. 4, 5 eod.; cap. 7, X. de adult. (5, 16). Ueber Beweis des Ehebruches vgl. Bl. f. R.-A. XIII, 234. — Nach Analogie dieses biblischen Grundes werden in der Praxis, nämlich bei den Protestanten, noch als Ehescheidungsgründe anerkannt: Lebensnachstellungen, beharrliche unmotivirte Verweigerung des Beischlafs, verkehrte Ausübung desselben, absichtliche Unfruchtbarmachung, lebenslängliche Zuchthausstrafe. Hofacker, Principia §. 403. Vgl. über Geisteszerrüttung als Ehescheidungsgrund — Seufferts Archiv II. Nr. 194; Bestrafung wegen Verbrechens — ebd. Nr. 297; Haß und Feindschaft — ebd. Nr. 298; Sävitien, unordentliche Wirthschaft und Müssiggang, unüberwindliche Abneigung — ebd. III. Nr. 331; kränkendes und Aerger bereitendes Betragen — ebd. IV. Nr. 58; schriftliche, ohne die Absicht unmittelbarer Verwirklichung ausgesprochener Drohungen — ebd. Nr. 59

6) Sog. malitiosa desertio. Hofacker l. c. §. 402. Bei längerer Dauer der Abwesenheit des verlassenden Ehegatten führt eine Edictalladung, wenn sie erfolglos bleibt, zum Scheidungsurtheile. — Von erfolglosem Zwangsverfahren und nachheriger Erklärung des schuldigen Theiles, die Ehe fortsetzen zu wollen, s. Seufferts Archiv III. Nr. 67.

7) Ueber die Wirkungen in Ansehung der Kinder und der eintretenden Vermögensstrafen s. unten §. 463.

durch andauernd schlechte Behandlung der Frau von Seite des Mannes, durch beständigen Unfrieden der Eheleute, durch sonstige üble Aufführung eines der Ehegatten und dergl. motivirt und hat den Zweck, nach Besserung und Aussöhnung der Gemüther eine löblichere Fortsetzung der Ehe herbeizuführen [8]).

Abgesehen von der Lebensgemeinschaft dauern während einer solchen temporären Scheidung die ehelichen Rechtsverhältnisse fort [9]).

§. 448.

## IV. Persönliche Rechte der Eheleute.

Die Eheleute haben gegenseitig

1) Anspruch auf beständige Einhaltung der ungetheilten Lebensgemeinschaft im Glücke wie im Unglücke [1]);

2) auf mäßige Leistung der sog. ehelichen Pflicht [2]);

3) auf Bewahrung der ehelichen Treue [3]), und

4) Unterlassung alles Dessen, was der Würde und Zartheit des ehelichen Verhältnisses widerstreitet [4]).

Der Ehemann hat das besondere Recht, von der Frau Ehrfurcht und Gehorsam [5]), die Folge in seinen jeweiligen Wohn-

8) Hofacker l. c. §. 408.

9) Hofacker l. c. §. 409. Bl. f. R.-A. IX. S. 252. XII. S. 332 f.

1) Fr. 1 de ritu nupt (23, 2); fr, 22 §. 7 solut. matrim. (24, 3).

2) Causa 32 qu. 2 can. 3; causa 33 qu. 5 can. 5; cap. 24 X. de jurejur. (2, 24). Vgl. indessen Walter, Lehrb. des Kirchenrechts, Ausg. 10 §. 317 Note p.: „Ein Recht, welches wie das der Kirche hauptsächlich auf das Gewissen geht, kann allerdings über diesen Punkt reden. Allein das bürgerliche Recht wird, wenn es nicht ärgerliche und unnöthige Processe herbeiführen will, wohl thun, lieber davon ganz zu schweigen, und solche Klagen gar nicht zuzulassen, weil ein Zwangsurtheil auf Erfüllung höchst unwürdig und gar nicht ausführbar ist . . .“

3) Fr. 13 §. 5 ad leg. Jul. de adult. (48, 5); causa 32 qu. 4 can. 4.

4) Deßwegen können sich die Eheleute nicht mit der actio furti belangen. S. oben §. 398. Vergl. auch noch §. 251 Nr. 1 (Rechtswohlthat der Competenz), §. 435 Nr. 2 (Befreiung vom Zeugniß gegeneinander) und §. 456 Abs. 1 a. E. (Unzulässigkeit der Annahme eines Bürgen für den Mann wegen der Dos während der Ehe).

5) Fr. 14 in f. solut. matrim. (24, 3); C. un. §. 7 de rei uxor. act. (5, 13). C. 12 §. 1 qui pot. in pign. (8, 18): „Propter *obsequia* etc.“ Zur

sitz [6]) und Dienstleistungen, sowohl zur Besorgung des Hauswesens [6a]), als zur Beihilfe in seinem Gewerbe [7]) zu verlangen. Wird ihm die Frau von einem Anderen, z. B. dem Vater derselben [8]), vorenthalten, so kann er auf Herausgabe das Interdictum de uxore exhibenda et ducenda anstellen [9]). — In gerichtlicher Vertretung der Frau hat der Mann vermutheten Auftrag [9a]).

Die Ehefrau wird, so wie sie den Namen des Mannes annimmt, so auch theilhaftig seines Standes und insbesondere des

---

Züchtigung durch Schläge ist der Mann nicht befugt. C. 8 §. 2 de repud. (5, 17),

6) Vgl. fr. 65 de jud. (5, 1); fr. 38 §. 3 ad municip. (50, 1). C. ult. in f. de incolis (10, 39). — S. auch C. 1 de repud. (5, 17); C. 24 de donat. inter. vir. et uxor. (5, 16): „Nec alieni criminis infortunia adstringi uxorem." Vgl. jedoch Seufferts Archiv I. Nr. 237. — Sind Ehefrauen verbunden, ihren in einen andern Welttheil ausgewanderten Ehemännern zu folgen? Ebd. IV. Nr. 126.

6a) Vergl. Seufferts Archiv II. Nr. 300: „Die Frau ist dem Manne weder wegen Nachtheile aus ihrer Wirthschaftsführung verantwortlich, noch Gewähr schuldig. Auch Rechnungslegung über die durch ihre Hände gegangenen wirthschaftlichen Einnahmen und Ausgaben kann der Mann nicht von ihr verlangen .... Daraus, daß die Haus- und Viehwirthschaft mit ihren Einnahmen und Ausgaben factisch durch die Hände der Frau geht, folgt nichts für Annahme eines receptitium (§. 462c); es ist das beim Mangel an Haltpunkten für eine andere Erklärung, lediglich als Wirthschaftsform aufzufassen ..."

7) Fr. 31 pr. de donat. inter. vir. et uxorem (24, 1). S. fr. 48 pr. de operis libert. (38, 1). Struben rechl. Bed. IV, 25. Puchta Vorl. zu §. 413 bemerkt: „Ueber einen Zwang dazu existirt keine rechtliche Vorschrift. Ein Mann, der eine Klage darauf anstellte, würde eine Lächerlichkeit begehen, und ebenso das Gericht, welches sie annähme." — Ueber Erwerb aus Kunstarbeiten der Frau vgl. Seufferts Archiv II. Nr. 299: „In den meisten Fällen bringen es wohl die Lebensumstände mit sich, daß beide Eheleute arbeiten müssen, um die Kosten des Haushaltes zu erschwingen; hier läßt sich nicht behaupten, daß die Frau den Erwerb aus ihren besonderen Fertigkeiten als Paraphernalgut (§. 462c) in Anspruch nehmen könne."

8) Fr. 1 §. 5 de liberis exh. (43, 30).

9) Fr. 2 eod.; C. 11 de nuptiis (5, 4). Von Standesklagen auf Anerkennung des ehelichen Verhältnisses vgl. Seufferts Archiv I. Nr. 75. —

9a) C. 21 de proc. (2, 13).

Gerichtsstandes [10]) und behält diese Eigenschaften auch als Wittwe [11]). Sie ist ferner befugt, von ihrem Manne standesmäßigen Unterhalt [12]) und Schutz gegen Unbilden dritter Personen zu begehren [13]).

## §. 449.

## V. Elterliche und Kindes-Rechte [1]). Alimentations-Ansprüche zwischen Ascendenten und Descendenten.

Die Eheleute haben im Verhältnisse zu ihren ehelichen [1a]) Kindern

1) das Recht der Erziehung; wobei ihnen obliegt, sowohl für sittliche und religiöse Bildung Sorge zu tragen, als es auch am Unterricht, welcher zur künftigen Begründung einer selbständigen Existenz befähigt, nicht fehlen zu lassen. Dem Erziehungsrechte zur Seite steht das Recht der häuslichen Disciplin, vermöge dessen die Eltern gegen ihre Kinder mäßige Züchtigung und andere häusliche Strafen zu verhängen, sie auch der Obrigkeit zum Zwecke der Bestrafung zu übergeben befugt sind [2]). — Sind die beiden Eheleute über einzelne Punkte der Erziehung verschiedener Meinung, so hat die Ansicht des Vaters den Vorzug [3]).

2) Den Eltern gebühret von den Kindern lebenslängliche Ehrerbietung [4]), sowie

---

10) Fr. 65 de jud. (5, 1). C. ult. de incolis (10, 39). C. 13 de dignit. (12, 1).

11) Fr. 22 §. 1 ad municip. (50, 1). Nov. 22 cap. 36.

12) Fr. 21 pr. de donat. inter virum et uxorem (24, 1); fr. 22 §. 8 sol. matrim. (24, 3). Hat die Ehefrau eines in Concurs Gefallenen Anspruch auf Alimentation aus dessen Gantmasse? Bl. f. R.-A. XIV, 217.

13) Fr. 2 de injur. (47, 10).

1) Von den Rechten der väterlichen Gewalt (§. 483 f.) ist hier abgesehen; ebenso von den Erbrechten aus obigen Verhältnissen. Vgl. auch §. 251 Nr. 3, §. 496 Nr. 1—3, §. 545.

1a) Unter welchen Umständen ein Kind für ehelich zu halten, darüber siehe oben §. 40. Vergl. Bl. f. R.-A. XIII, 222; XV, 27, 203.

2) Vgl C. un. de emendat. propinqu. (9, 15); C. 3 de patria pot. (8, 47).

3) Fr. 1 §. 10 in med. de inspic. ventre (25, 4): „Apud eum educatur, apud quem parens jusserit.“ Von der Berufsbestimmung durch den Vater s. Seufferts Archiv I. Nr. 81. S. auch §. 463 Nr. 3.

4) Fr. 4 de curat. furioso (27, 10); fr. 1 de obsequiis (37, 15). Eine Folge hievon war es bei den Römern, daß die Kinder gegen die Eltern

3) (von Hauskindern) die Leistung häuslicher Dienste und Beihilfe, wofür jedoch erwachsene Kinder nach Umständen [5]) nebst dem täglichen Unterhalte einige Vergütung verlangen können [6]).

Ein gegenseitiges Recht nicht nur der Eltern und Kinder, sondern überhaupt der Ascendenten und Descendenten [7]), ist das auf Reichung von Alimenten [8]). Die Verbindlichkeit zur Alimentation tritt nur dann ein, wenn auf der einen Seite weder eigenes Vermögen noch die Fähigkeit, sich durch Arbeit den Unterhalt zu verdienen, auf der anderen Seite hinreichendes Vermögen vorhanden ist [9]). Die Alimentation begreift nicht nur Nahr-

---

keine actio famosa anstellen, überhaupt sich keiner Klage oder Einrede bedienen durften, durch deren Formel sie dieselben eines Dolus oder ungerechten Zwanges beschuldigten, indem in solchen Fällen die actio oder exceptio *in factum* abzufassen war. Fr. 11 §. 1 de dolo malo (4, 3); fr. 2, fr. 5; fr. 6, fr. 7 pr. §. 2, 5 de obsequ. (37, 15); fr. 4 §. 16, 34 de doli mali et metus exc. (44, 4). — In Bezug auf den Calumnieneid vgl. fr. 7 §. 3 de obsequ.; fr. 16, 34 §. 4 de jurej. (12, 1). Bayer, Vorles. Ausg. 7 S. 76.

5) Nämlich für solche Dienste, durch welche den Eltern Dienstboten, Gesellen oder andere Geschäftsgehilfen erspart werden. S. oben §. 334 zu Note 4. Leyser, Med. ad Pand. Sp. XVII. med. 2. — Vergl. Dollmann in den Bl. für R.-A. XIV, 133 f., welcher eine Lohnzahlungs-Verpflichtung des Vaters bezüglich solcher Dienstleistungen des Kindes, abgesehen von ausdrücklicher Zusicherung, nur unter der Voraussetzung gelten läßt, daß die Umstände die Annahme eines stillschweigenden Vertrages rechtfertigen.

6) Struben, rechtl. Bed. Bd. III, 49. v. Bülow und Hagemann prakt. Erört. Bd. II. Nr. 55. Vgl. meine Beträge zur Gesetzgebung S. 126. S. dagegen die neuere Praxis des O.-A.-G. zu Celle in Seufferts Archiv I. Nr. 354.

7) Fr. 5 §. 1, 2 de agnosc. et alend. lib. (25, 3). Die Geschwister sind nicht verbunden, sich gegenseitig zu alimentiren. A. M. Thibaut, Vers. Bd. I. Nr. 12. S. aber Vangerow, Bd. 1 §. 260 Anm. 2. Bl. f. R.-A. I, S. 411. Vgl. C. 2—4 eod. (5, 25); C. 5, X. de eo qui duxit (4, 7). Müller im Archiv f. c. Pr. XIII, S. 234 f. Hagemann, prakt. Erört. VIII, 2 Nr. 12.

8) Ist die Verwandtschaft bestritten, jedoch schon wahrscheinlich gemacht, so kann der Richter provisorisch auf Alimente erkennen. Vgl. fr. 5 §. 8, 9 eodem.

9) Fr. 5 §. 7, 13 eod. Haben die Eltern das Kind einem Stande gewidmet, nach dessen Verhältnissen ein Ertrag der Arbeit erst später, z. B. durch

ung (mit Einschluß von Arzneien), Kleidung und Wohnung, sondern auch nothwendige Bedienung, und bei Kindern die Kosten der Erziehung; Maß und Beschaffenheit sind nach Vermögen und Stand zu bestimmen [10]). Zur Alimentation der Kinder ist der Vater (und die väterlichen Ascendenten) vor der Mutter (und den mütterlichen Ascendenten) verbunden [11]). Die Verbindlichkeit wird aufgehoben

1) wenn sich der Berechtigte gegen den Verpflichteten schlechtes Betragen erlaubt [12]);

2) durch den Tod des Verpflichteten. Nur die Erben der Kinder sollen mit der Alimentation höchstbedürftiger Eltern fortfahren [13]).

Wenn aus Anlaß des Alimentationsanspruches das Familienverhältniß bestritten wird, so kommt es, um diese Voraussetzung festzustellen, zu einer actio praejudicialis (§. 440). Zur Geltendmachung der legitimen Kindesqualität steht sowohl dem Kinde, als auch der Mutter gegen den Vater (auch gegen den Großvater, wenn der Vater weggefallen) die actio de partu agnoscendo zu [14]).

---

eine Anstellung, gewonnen werden kann, so ist natürlich auf bloß physische Arbeitsfähigkeit nicht zu sehen. Es ist Sache des Verklagten, sich einwandsweise auf das eigene Unvermögen zu beziehen. Vgl. Seufferts Arch. I, Nr. 233. — Vgl. übrigens unten §. 488 Note 7.

10) Vgl. fr. 1 §. 19 de ventre in poss. mitt. (37, 9) mit fr. 6, 23 de alim. legatis (34, 1).

11) Fr. 8 de agnosc. et alend. lib. (25, 3). Vergl. fr. 5 §. 1—5, 13, 15 eodem. Ueber die Alimentationsansprüche bei unehelichen Kindern vergl. §. 428.

12) Fr. 5 §. 11, 23 eod.

13) Fr. 5 §. 17 eod.

14) §. 13 Inst. de act. (4, 6); C. 4 de alend. lib. (5, 25). Vgl. fr. 3 §. 2 de agnoscend. lib. (25, 3). — Für den Fall, daß das Kind nach erfolgter Ehescheidung geboren wird, verordnet das SC. Plancianum (fr. 1 §. 1 et sequ. de agnosc. liberis): „Die Frau muß innerhalb 30 Tagen von Zeit der Scheidung ihre Schwangerschaft dem Manne anzeigen, welcher nun entweder ad ventrem inspiciendum observandumque sog. custodes abordnen oder erklären muß, die Frau sey nicht von ihm schwanger. Thut er keines von beiden, so muß er das Kind solange alimentiren, bis er den Beweis der Illegitimität führt. Hat er eines von beiden gethan, so kommt ihm in dem Anerkennungsprocesse, für welchen die allgemeinen Grundsätze

§. 450.

## VI. Eheliche Vermögensrechte.

### Vorbemerkung.

Die Ehe erzeugt nach Römischem Rechte nur eine persönliche Lebensgemeinschaft, nicht auch eine Gemeinschaft der Güter. Jeder Ehegatte bleibt alleiniger Eigenthümer seines bisherigen Vermögens, kann während der Ehe selbständig für sich Rechte erwerben [1]) und ebenso Verbindlichkeiten übernehmen [2]); auch mögen die Eheleute Rechtsverhältnisse, die das Vermögen betreffen, miteinander gerade so, wie mit dritten Personen eingehen.

Indessen führt doch die Ehe ganz eigenthümliche Vermögensrechte herbei, und äußert manchen Einfluß auf die Fähigkeit der Eheleute, in Rechtsverhältnisse zu einander zu treten. Im Allge-

---

über Beweislast gelten, die Parteirolle des Beklagten zu. Versäumt die Mutter die Anzeige oder verweigert sie die Zulassung der Custodes, so hat zwar sie, nicht aber das Kind, die Klage verloren. Die Mutter kann gegen den Ablauf der 30 Tage Restitution erlangen, und überhaupt ohne Nachtheil ist es, wenn das Kind innerhalb der 30 Tage zur Welt kommt. — Läugnet die Frau die von dem Manne behauptete Schwangerschaft, so ist er befugt, auf Untersuchung zu dringen und nach Befund custodes partus zu bestellen." Fr. 1—4 de inspiciendo ventre (25, 4). — Von den Familienrechten eines Kindes, welches von einer geschiedenen Ehefrau, der die Wiederverehelichung binnen gewisser Zeit im Scheidungsurtheil untersagt war, nach Uebertretung dieses Verbotes in den ersten Monaten der zweiten Ehe geboren wurde — Bl. f. R.-A. XI, 287. — Ueber actio de filiatione negativa vgl. ebd. Bd. 9 S. 169.

1) Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 413.

2) C. 1, 2, 3 ne uxor pro marito (4, 12). — Von ehemännlichem Consense zur Verbindlichmachung der Frau vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 184, 192; III, Nr. 179: „Soweit die Verwaltungsrechte des Ehemannes sich erstrecken, kann eine verheirathete Frau ohne dessen Beistimmung in Beziehung auf ihr Vermögen keine vertragsmäßige Verbindlichkeit gültig übernehmen." — Vgl. ebd. Nr. 62: „Aus bloßer Zustimmung des Ehemannes zu einer Verpflichtung der Ehefrau kann ein Klagerecht gegen ihn nicht abgeleitet werden."

meinen mag hier der Vermuthung gedacht werden, daß Alles, was die Frau während der Ehe erwirbt, vom Manne herrühre [3]).

§. 451.

## A. Von der Dos.

### 1) Begriff, Gegenstand und Arten.

Unter Dos (Brautschatz, Heimsteuer) versteht man das Vermögen, was dem Manne, um zur Bestreitung der Ehelasten beizutragen, von oder wegen der Frau zugebracht wird [1]). Die Dos ist durch das Daseyn einer giltigen Ehe bedingt [2]). — Gegenstand der Dos können Sachen aller Art, ins-

---

3) Fr. 51 de donat. inter vir. et uxor. (24, 1). Const. 6 eod. (5, 16). — Vgl. Puchta, Vorles. zu §. 413: „Von jedem Erwerbe, den die Frau während der Ehe macht, kann sie angehalten werden, Rechenschaft zu geben, den Grund des Erwerbes nachzuweisen. Kann sie die Quelle nicht angeben, so wird angenommen, daß das Gut vom Manne herrührt, und zwar durch Schenkung, so daß es der Mann revociren kann: praesumtio muciana. Die Präsumtion setzt aber voraus, daß der Erwerb während der Ehe constatirt sey; dies muß der Mann erweisen, erst dann hat jene Präsumtion statt." — Wenn der Mann Geld auslieh, und die Urkunde dahin stellen ließ, daß seine Frau die Gläubigerin und das Darlehen aus ihrem Vermögen geflossen sey, so liegt in der praesumtio muciana kein Grund, die Richtigkeit dieses Inhaltes zu beanstanden. Seufferts Archiv II, Nr. 302.

1) Fr. 76 in f. de jure dot. (23, 3); fr. 21 §. 1 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); C. 20 de jure dot. (5, 12). Hasse, das Güterrecht der Ehegatten Bd. I. §. 69, 70. Das nicht von der Frau selbst Zugebrachte muß doch für die Frau gegeben, die Frau muß damit ausgestattet worden seyn, sonst ist es keine Dos zu nennen. Puchta, Vorles. zu §. 414. — Unterschied der Dos von Geschenken an die Braut zum Zwecke der Dotation — Bl. f. R.-A. V, 33.

2) Fr. 3, 7 §. 3, fr. 8, 21 de jure dot. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 414: „Ist eine Dos dem künftigen Manne versprochen, so kann sie nicht vor Eingehung der Ehe gefordert werden; ist Etwas schon vorher gegeben, so kann es sofort in das Eigenthum des Mannes kommen, aber Dos ist es nie vor der Ehe. Daher kann die Zurückforderung auch nicht mit der Dotalklage geschehen, sondern nur mit der condictio causa data causa non secuta." Vgl. auch fr. 9 pr., fr. 10 §. 5, fr. 17 §. 1, fr. 21, 22, 74 eod.;

besondere auch unkörperliche[3]) und das ganze Vermögen der Frau seyn[4]). Als Bestandtheil der Dos ist auch die sog. Aussteuer zu betrachten, d. h. was die Frau an Weißzeug und sonstigem beweglichen Hausbedarf mitbringt[5]). Die vom Vater oder vom Großvater der väterlichen Seite bestellte Dos wird profectitia, jede andere adventitia genannt[6]). — Ueber dos receptitia s. unten §. 458 Note 8.

---

fr. 18, 19 pr. de reb. auct. jud. (42, 5); fr. 4 de fund. dot. (23, 5); fr. 22 §. ult. solut. matr. (24, 3); fr. 1 §. 2—4 pro dote (41, 9).

3) Fr. 7 §. 2, 3 de jure dot. (23, 3); C. 2 de oblig. et act. (4, 10); vergl. fr. 13 §. 10 de her. pet. (5, 3). Ein Nießbrauch kann auf verschiedene Weise Dotalgegenstand seyn, indem nämlich entweder der auf einem Gute des Mannes zustehende Nießbrauch aufgegeben, oder die Ausübung des auf fremde Sachen begründeten Rechtes dem Manne überlassen, oder dem Manne ein Nießbrauch erst bestellt wird. Fr. 78 de jure dot. Vgl. auch fr. 4 de pact. dot. (23, 4). Mühlenbruch, Pand. §. 528.

4) Fr. 72 pr., C. 4 de jure dot. Vergl. fr. 13 §. 10 de her. pet. (5, 3). Hier ist aber nicht das Vermögen als universitas Gegenstand der Dos, sondern nur die einzelnen Bestandtheile desselben; es findet also keine Universalsuccession statt. Vergleiche oben §. 366. Siehe Puchta, Vorl. zu §. 414.

5) Vergleiche fragm. 10 pr. de jure dotium: „. . . si animalia in dotem acceperit, vel vestem, qua mulier utitur." Pufendorf, obs. Tom. I. obs. 206. Struben, rechtl. Bedenken I, 53. Vergleiche Puchta, Vorlesungen zu §. 414: „Der Name Ausstattung (Aussteuer) bezeichnet im allgemeinen Sinne die Dos, insofern sie nicht von der Frau selbst herkommt, sondern von den Eltern oder einem Extraneus gegeben wird. Im engeren Sinne wird so genannt, was zur ersten Einrichtung des Hauswesens gegeben wird. . . . . Ob es Gegenstände sind, welche der Mann benützt, indem sie unmittelbar dem Hauswesen dienen, oder zunächst bloß der Frau dienende, z. B. Kleidungsstücke für sie, ist gleichviel." — Glück, Comm. XXIV, S. 434.

6) Fr. 5 pr. §. 1 et sequ. de jure dot. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 419: „Auch was ein Dritter gibt, kann dos profectitia seyn, wenn er es mit dieser Intention gibt (wie wenn er es wirklich zuerst in das Vermögen des Vaters gebracht hätte). Nicht aber schon darum ist die von dem Dritten bestellte dos profectitia, weil er sie aus Freundschaft für den Vater gegeben hat. Endlich ist es gleichgültig, ob die Tochter noch in väterlicher Gewalt ist, oder nicht."

## §. 452.

### 2) Von Bestellung der Dos.

#### a) Verbindlichkeit dazu.

Die Frau selbst ist eine Dos einzubringen nur alsdann verbunden, wenn sie solches (nicht blos unbestimmt) versprochen hat [1]). Dagegen ist schon Kraft des Gesetzes der eheliche Vater verbunden, seinen Töchtern bei ihrer Verheirathung eine Heimsteuer (dos necessaria) mitzugeben [2]). Ist der Vater bereits gestorben oder unvermögend, so trifft diese Verbindlichkeit den väterlichen Großvater [3]). Daß die Tochter sich noch in der väterlichen Gewalt befinde, ist nur bei der adoptiven erforderlich [4]). Die Mutter soll zur Dotation nur aus wichtigen Gründen (ex magna et probabili causa) verpflichtet seyn [5]); so wenn das Lebensglück der Tochter auf dem Spiele steht [6]).

Die Größe der zu bestellenden Dos ist in Ermangelung einer gütlichen Vereinbarung vom Richter nach dem Vermögen des Verpflichteten und dem Stande der Eheleute festzusetzen [7]).

Der Anspruch auf Bestellung der Dos kann sowohl vor Eingehung der bestehenden Ehe als auch nach deren Vollzuge geltend gemacht werden [8]). Derselbe steht nicht dem Manne, sondern der Frau [9]) zu. Er fällt weg

---

1) Const. 1 de dotis promiss. (5, 11). Vergleiche fr. 32 §. 2 de condict. indebiti (12, 6); C. un. §. 1 de rapt. virg. (9, 13). Puchta, Vorles. zu §. 317.

2) Fr. 19 de ritu nupt. (23, 2). C. 7 de dot. promiss.

3) Fr. 6 de collat. (37, 6).

4) Vgl. fr. 5 §. 11, 13 de jure dot.; C. ult. de dot. promiss. Vangerow, Bd. I. §. 216.

5) C. 14 de jure dot. (5, 12).

6) Der in Const. 19 §. 1 de haeret. (1, 5) vorgesehene Fall ist heutzutage unanwendbar.

7) Fr. 60, 69 §. 4, 5 de jure dotium (23, 3). Blätter für R.-A. XII, 30 Nr. 1, 2.

8) Hofacker, Principia §. 421. Blätter für Rechtsanwendung a. a. O. Nr. 3.

9) Hasse a. a. O. §. 104. Nicht den Erben der Frau. S. jedoch Seufferts Archiv II, Nr. 61.

1) wenn die Tochter hinreichendes eigenes Vermögen hat [10]), oder 2) wenn sie sich wider den (erheblich motivirten) Willen der Eltern verheirathet, oder sonst etwas verschuldet, was die Enterbung rechtfertigen könnte [11]).

Ueber den Anspruch einer Geschwächten auf Ausstattung (angemessene Entschädigung) gegen den Verführer vgl. §. 427.

## §. 453.

### b) Von freiwilliger Bestellung (dos voluntaria).

Die freiwillige Bestellung der Dos geschieht entweder durch sofortige Uebergabe der dazu bestimmten Sachen, oder beruht auf Vertrag oder letztem Willen [1]). Ein nach Gegenstand oder Summe unbestimmtes Versprechen der Dotation ist in gleicher Weise wie die Dotationspflicht des Vaters (§. 452) nach billigem Ermessen zu erfüllen [2]). Auf Erfüllung des Versprechens kann sofort nach Eingehung der Ehe geklagt werden [3]). Dabei muß der Promittent, wenn von Zeit der Eingehung der Ehe schon zwei Jahre verflossen sind, Zinsen (zu 4 pCt.) und Früchte vergüten [4]). Hat

---

10) Arg. fr. 5 §. 7 de agnosc. et alend. liberis (25, 3). Blätter f. R.-A. I, S. 357.

11) Hofacker l. c. §. 422. Vgl. Blätter für Rechtsanwendung a. a. O. Nr. 4.

1) Bei der an den Mann erklärten promissio dotis kommt es auf Acceptation nicht an. Const. 6 de dotis promiss. (5, 11). v. Löhr in der Gießener Zeitschrift Bd. I. S. 227—231. Die Bestimmung „dotis nomine" braucht bei der Bestellung nicht wörtlich ausgedrückt zu seyn. Fr. 23 de jure dotium. — Vom legatum dotis s. §. 636.

2) Fragm. 69 §. 4 de jure dotium (23. 3). Constit. 3 de dot. promiss. Seufferts Archiv II, Nr. 189. Siehe jedoch den ersten Satz des §. 452.

3) Fr. 4 §. 2 de pactis (2, 14): „Ante nuptias male petitur." — Von der Concurrenz der actio hypothecaria siehe oben §. 200 Nr. 3. — Auf Erfüllung eines Dotationsversprechens kann von dem Ehemanne in eigenem Namen geklagt werden. Vergl. C. 5 de dot. promiss. C. 4, 6 eodem; C. un. §. 1 de rei uxor. act. (5, 13). Seufferts Archiv II. Nr. 188. Bl. f. R.-A. XII, 31.

4) C. 31 §. 2 de jure dot. (5, 12).

der Vater die Dotation ohne nähere Bestimmung versprochen, so ist anzunehmen, daß er sie nicht aus dem seiner Nutznießung und Verwaltung unterworfenen Vermögen der Tochter, sondern aus seinem eigenen geben wolle [5]).

### §. 454.

#### c) Art der Bestellung.

Die Bestellung der Dos (constitutio dotis) geschieht dem Manne, und besteht in jedem Falle darin, daß, um zu den Lasten der Ehe beizutragen, dessen Vermögen vermehrt wird [1]). Dieß kann nicht nur durch Uebergabe körperlicher Sachen bewirkt werden, sondern auch durch Ueberlassung dinglicher Rechte jeder Art [2]), durch Uebertragung von Forderungen [3]), nicht minder durch Aufgeben und Erlassen von Rechten und Ansprüchen, welche bisher gegen den Mann begründet waren [4]), und selbst das bloße Versprechen der Dotation enthält, weil dadurch das Vermögen des Mannes eine Forderung gewinnt, die wirkliche Bestellung der Dos [5]). Die eingebrachte Dos kann während der Ehe sowohl vermehrt [6]), als in ihren Bestandtheilen verändert werden, indem z. B. das für verkaufte Dotalsachen eingenommene Geld an deren Stelle tritt [7]).

---

5) C. 7 de dot. promiss. (5, 11).

1) Vergleiche fr. 21 §. 1 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); fr. 76 de jure dotium. Vergleiche fr. 7 §. 3, fr. 20 eodem. Hasse am angef. Orte §. 69, 72, 74.

2) Vgl. fr. 7 §. 2, fr. 66, fr. 78 §. 2 de jure dot. (23, 3); fr. 57 sol. matr. (24, 3). Hasse a. a. O. §. 72.

3) C. 2 de obl. et act. (4, 10).

4) Vergleiche fr. 78 pr., fr. 12 §. 2, fr. 41 §. 2, fr. 43 pr. de jure dotium (23, 3).

5) Vergleiche fr. 41, 44 §. 1 sol. matr. (24, 3); fr. 33, 49 de jure dotium Hasse a. a. O. §. 74 ff.

6) C. 19 de donat. ante nupt. (5, 3).

7) Vgl. fr. 25—27, 52 de jure dot. (23, 3).

## §. 455.

### 3) Von den Rechten des Mannes an den Dotalsachen.

An körperlichen Sachen, welche dem Manne zur Bestellung der Dos übergeben werden, erhält derselbe das Eigenthum [1]), oder doch, wenn dieses wegen Fehlers nicht übergeht, den Usucapionsbesitz (pro dote) [2]). Ihm gehören die Früchte der Dotalsachen [3]) er hat die Lasten derselben und den zur Erhaltung nothwendigen Aufwand zu bestreiten [4]), kann (unter der nachfolgend erwähnten Beschränkung) veräußern [5]) und von jedem Besitzer vindiciren [6]). Bei Dotalforderungen steht ihm zu, vom Schuldner die Erfüllung zu verlangen, insbesondere ausstehende Capitalien einzucassiren [7]).

Die Veräußerungsbefugniß erstreckt sich nicht auf Immobilien [8]), selbst nicht bei Zustimmung der Frau [9]). Das in Ansehung des fundus dotalis bestehende Veräußerungsverbot erstreckt sich auch auf Bestellung dinglicher Rechte und Aufgeben dinglicher Berechtigungen an Liegenschaften [10]), und bewirkt im Fall der Uebertretung die Nichtigkeit der Veräußerung in der Art, daß nach Trennung

---

1) Pr. Inst. quib. alienare licet (2, 8); fr. 7 in f., fr. 8, fr. 9 pr. §. 1 de jure dot. (23, 3); fr. 13 §. 2 de fundo dot. (23, 5). C. 23 in f. de jure dot. (5, 12). v. Löhr im Mag. IV, 5. — Im Hinblicke auf C. 30 eod. hat die ältere Doctrin ein doppeltes Eigenthum an Dotalsachen angenommen, dominium civile des Mannes, naturale oder dormiens der Frau. Vangerow, I, §. 218 Anm. 1. — Vgl. §. 456.

2) Fr. 1 pr. pro dote (41, 9); C. un. de usucap. pro dote (7, 28).

3) Fr. 7 pr., fr. 10 §. 3, fr. 69 §. 1, fr. 77 de jure dot. Vgl. fr. 5, 6, 7 §. 12—14, fr. 8 sol. matr. (24, 3).

4) Fr. 12, 13, 15 de impensis in res dotales factis (25, 1). Vgl. fr. 3 §. 1 eodem.

5) Fr. 42, C. 3 de jure dot. Vgl. §. 459 Note 7a.

6) C. 9 de rei vind. (3, 32).

7) C. 2 de obl. et act. (10, 4). Seufferts Archiv II, Nr. 62, 301.

8) Ueber den Begriff von dotale praedium vgl. fr. 1 §. 1, fr. 4, 12, 13 pr. §. 1, 2, fr. 16 de fund. dot. (23, 5).

9) Pr. Inst. quibus alienare licet (2, 8); C. un. §. 16 de rei uxor. actione (5, 13).

10) Fr. 5, 6 de fund. dot. C. 1 eodem (5, 23); C. un. §. 15 cit. Auch die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache darf der Mann nicht beantragen. C. 2 de jure dot.

der Ehe [11]) die Frau oder deren Erbe [12]) die Sache von jedem Besitzer, ohne den bezahlten Preis vergüten zu müssen, abfordern kann. [13]). Ausnahmsweise ist die Veräußerung giltig bei Grundstücken, welche unter Ansetzung eines Preises verkaufsweise überlassen worden [14]), oder durch permutatio dotis aufgehört haben, Dotalgegenstand zu seyn [15]); ferner wenn die Ehefrau ihre Einwilligung eidlich bestärkt hat [16]) oder wenn die Veräußerung zufolge selbständigen Rechtes eines Dritten geschah [17]). Nachherige Convalescenz der anfänglich ungiltigen Veräußerung tritt ein, wenn die Frau dieselbe nach Trennung der Ehe genehmigt, oder wenn der Mann ein Dotalgrundstück vermacht hat, und die Frau Erbin desselben geworden [18]), oder wenn die Dos nach Endigung der Ehe nicht an die Frau oder ihre Erben fällt, indem das Veräußerungsverbot nur im Interesse dieser Personen gegeben ist [19]).

Gehen Dotalsachen durch Eviction oder sonst zufällig zu Verlust, so kann der Mann Erneuerung der Dos nicht verlangen, ausgenommen, wenn den Besteller der Vorwurf des Dolus trifft, oder die Erneuerung versprochen worden, oder die fraglichen Sachen unter Ansetzung eines Preises (verkaufsweise) überlassen waren [20]).

Das Recht des Mannes besteht nur auf die Dauer und zum Zwecke der Ehe [21]); hieraus ergeben sich außer dem bereits er-

---

11) Außerdem auch in dem in §. 456 zu Note 4 bemerkten Falle.

12) Vgl. unten zu Note 19.

13) Sie haftet natürlich, soweit sie bereichert ist. — Ueber das Vindicationsrecht des Mannes selbst s. oben §. 124 Note 6. Vergl. Vangerow, Bd. I. §. 217 Anmerk. 3. Puchta, Vorles. Bd. II. S. 259.

14) Fr. 11 de fundo dot. Vgl. unten §. 459 Note 5.

15) Vgl. fr. 26, 27 de jure dot.

16) Cap. 28, X. de jurejur. (2, 24).

17) Fr. 1 pr., C. 2 de fund. dot. S. §. 124 zu Note 8.

18) Nur muß sie wenigstens soviel, als die Dos beträgt, aus der Erbschaft ziehen. Fr. 13 §. 4 de fundo dot. (23, 5). Vergl. auch fr. 77 §. 5 de legat. II.

19) Fr. 3 §. 1, fr. 17 de fundo dot. Vgl. fr. 42 de usurp. (41, 3).

20) Vgl. fr. 69 §. 7 de jure dot. mit fr. 16, 34, 75, C. 1 eod. und fr. 71 de evict. (21, 2). S. indessen Vangerow, Bd. I. §. 217 Anm. 2.

21) Vergl. fr. 10 §. 2 de jure dot.; fr. 7 §. 12, fr. 58, 61, 64 §. 3, fr. 65 §. 3 sol. matr. (24, 3).

wähnten Veräußerungsverbote, einige Beschränkungen, von denen die folgenden §§. handeln.

## §. 456.

### 4) Rechte, welche der Frau während der Ehe bezüglich der Dos zustehen.

Die Frau ist befugt, über die Verwaltung der Dotalsachen Aufsicht zu pflegen und die Verwendung der Früchte zum ehelichen Haushalte zu betreiben [1]; sie kann im Falle einer unordentlichen Verwaltung Sicherheitsmaßregeln veranlassen [2], jedoch Bürgschaft weder begehren noch annehmen [3].

Tritt durch Verarmung des Mannes (insbesondere durch Ausbruch des Concurses über sein Vermögen) Gefährde wegen der künftigen Zurückgabe ein, so kann diese von der Frau schon während der Ehe gefordert werden; jedoch so, daß die Verwendung zu den Zwecken der Ehe nun von ihr geschieht [4].

Die Frau hat in Evictionsfällen die Klage gegen ihren Auctor [5]. Dotalgrundstücke überheben auch sie der Cautionen, von denen der Besitz unbeweglicher Güter befreit [6].

## §. 457.

### 5) Von der Zurückgabe der Dos.

#### a) Veranlassung und Zeit der Zurückgabe.

In einem im vorigen §. angeführen Falle erfolgt die Zurückgabe der Dos schon während der Ehe. Der Regel nach wird dieselbe durch die Trennung der Ehe herbeigeführt, und hat hier

---

1) Fr. 22 §. 8 soluto matrimonio (24, 3).

2) Fr. 22 §. 8 cit.

3) C. 1, 2 ne fidej. dot. dent. (5, 20).

4) Fr. 24 pr. sol. matr. vergl. mit C. 29 de jure dot. Nov. 97 cap. 6 pr. Außer dem Concurse kann die Frau nicht hindern, daß mit Dotalgeld angeschaffte Sachen (§. 460) zur Befriedigung von Gläubigern des Mannes verwendet werden. Seufferts Archiv IV, Nr. 57.

5) Fr. 75 de jure dot. Vgl. fr. 71 de evict. (21, 2).

6) Fr. 15 §. 3 qui satisd. cog. (2, 8).

in Ansehung der Immobilien sofort, und was die Mobilien und Forderungen betrifft, binnen Jahresfrist zu geschehen [1]). — Werden diese Zeitpunkte nicht eingehalten, so sind von den Capitalien, Baarschaften und dem Werthe anderer beweglicher Sachen 4 pCt. Zinsen zu entrichten, und von den Immobilien Früchte und sonstige Einkünfte zu vergüten; überhaupt muß der Säumige Alles herausgeben, was er durch die Dotalsachen während der Zeit der Säumniß gewonnen hat [2]).

Hat der Mann außer dem oben bemerkten Falle Dotalsachen während der Ehe ohne gesetzliche Ursache zurückgegeben, so wird er dadurch nicht befreit, sondern kann künftig von den Erben der Frau auf nochmalige Erstattung in Anspruch genommen werden [3]). Als genügende Motive sind aufgeführt:

1) wenn die Ehefrau von der zurückgegebenen Dos ihren und der Ihrigen Unterhalt bestreiten [4]), oder

2) dürftige nahe Anverwandte unterstützen [5]), oder wenn

3) die Zurückgabe zu einer besseren Anlegung des Dotalmögens oder zur Bezahlung von Schulden der Frau führen soll [6]).

Auch hat natürlich der Anspruch auf nochmalige Erstattung in so weit keinen Erfolg, als der Beklagte die Fortdauer der Bereicherung nachweisen kann [7]).

## §. 458.

### b) Personen, welche sie fordern können.

Das Recht, die Dos nach geendigter Ehe von dem Manne oder dessen Erben [1]) zurückzufordern, ist entweder schon durch das

---

1) C. un. §. 7 de rei uxoriae actione (5, 13).

2) C. un. §. 7 cit.

3) C. un. si dos constante matrimonio (5, 19). Nov. 22 cap. 39. Da die vorzeitige, unmotivirte Zurückgabe unter den Gesichtspunkt einer Schenkung unter Ehegatten gestellt wird, so kann der Ehemann das Zurückgegebene auch wieder einfordern. Vangerow, Bd. I. §. 218 Anm. 2 a. E.

4) Fr. 73 §. 1 de jure dot. (23, 3). Vergleiche über diese Ausnahmsfälle Vangerow, Bd. I. §. 218 Anm. 2.

5) Fr. 73 §. 1 cit.; fr. 20 sol. matr. (24, 3).

6) Fr. 20 cit.: „Ut fundum idoneum emat"; fr. ult. de jure dotium.

7) Vgl. Francke im Arch. f. c. Pr. XVII, S. 472.

1) Vom Vater des Mannes, wenn diesem die Dos für den in väterlicher

Gesetz begründet, oder entspringt aus einem Vertrage. Kraft des Gesetzes kommt es

1) in Ansehung der dos adventitia der Ehefrau oder deren Erben [2]),

2) bei der dos profectitia nach Verschiedenheit der Fälle dem Vater (oder väterlichen Ascendenten), der die Dos bestellt hat, oder der Ehefrau oder deren Erben zu. Ist nämlich

a) die Trennung der Ehe durch den Tod der Frau erfolgt, so fällt die Dos dem Vater, oder, wenn dieser nicht mehr lebt, den Erben der Frau zu [3]); ist

b) die Ehe bei Lebzeiten der Frau getrennt worden, und diese

α) nicht mehr in der Gewalt des Vaters, so kann sie allein die Zurückgabe fordern [4]), wohingegen, wenn sie

β) noch Haustochter ist, der Vater mit ihr gemeinschaftliches Recht in der Art hat, daß er zur Wirksamkeit der Zurückforderung ihrer Zustimmung bedarf [5]), und, wenn er vor der wirklichen Zurückgabe sterben sollte, der Anspruch auf dieselbe lediglich der

---

Gewalt stehenden Sohn übergeben wurde. Vergleiche fr. 22 §. 12 soluto matrimonio. — Ueber den Anspruch an die Erben vgl. fr. 44 pr., fr. 46, C. 9 eod.

2) C. un. §. 6, 13 de rei uxor. act. (5, 13).

3) Fr. 6 pr. de jure dotium (23, 3); Const. 4 soluto matrimonio (5, 18). Vergleiche C. un. §. 6 de rei uxor. actione (5, 13). Hinterläßt die Frau Kinder, so schließen diese nach einer verbreiteten Praxis den Vater aus. Martinus ad Const. 4 sol. matrim. Vergleiche Seufferts Archiv I, Nr. 350.

4) C. un. §. 11 de rei uxor. act. Vgl. fr. 59 sol. matr.

5) Fr. 2 §. 1, fr. 3 eodem. Constit. un. §. 14 de rei uxoriae act. Die Zustimmung ist anzunehmen, wenn sie, im Falle der Vater die Zurückforderung bewirkt, keinen Widerspruch einlegt. Fr. 2 §. 2 soluto matrim. — Auf die Zustimmung kommt es nicht an, wenn die Tochter wahnsinnig, oder sehr leichtsinnig (levis mulier), oder noch gar zu jung ist, oder ohne erheblichen Grund sich weigert; fr. 2 §. 2, fr. 22 §. 6, 9 eod. Auf der anderen Seite steht, wenn der Vater ein Verschwender oder wahnsinnig ist, die Klage allein der Tochter zu. Fr. 22 §. 6, 10 eodem. Vergleiche Vangerow, Bd. I. §. 220 Anm. 1 Nr. 1 lit. b.

Frau verbleibt [6]). Auch soll die an den Vater zurückgegebene Dos für eine zweite Heirath der Frau aufbewahrt werden [7]).

Kraft Vertrages fordert die Dos zurück — entweder der Besteller selbst, wenn er den Rückfall für sich [8]), oder ein Dritter, wenn jener die Zurückgabe an diesen bei der Bestellung ausbedungen hat [9]).

### §. 459.

### c) Vom Gegenstand der Zurückgabe [1]).

Die Dos ist in gleichem Betrage, wie sie empfangen wurde, zurückzugeben. Mit den herauszugebenden Dotalsachen sind auch die nicht zu den Früchten gehörenden Accessionen — z. B. der Schatz — auszuliefern [2]). Nähere Grundsätze sind:

1) Vertretbare Sachen sind in gleicher Quantität und Qualität zu erstatten [3]). Sind mit Dotalgeldern Sachen angeschafft worden, so können diese bei Insolvenz des Mannes als Dotalsachen in Anspruch genommen werden [4]). Vgl. §. 460.

---

6) C. un. §. 14 de rei uxor. act.

7) Nov. 97 cap. 5.

8) Dos receptitia. — Fr. 1 §. 1, fr. 20 §. 1, fr. 29 pr. de pact. dotal. (23, 4); C. 6, 7, 24 de jure dot. (5, 12).

9) Fr. 45 soluto matrimonio (24, 3): C. 7 de pactis convent. super dot. (5, 14).

1) Vgl Mühlenbruch, Pand. §. 534—536. Puchta, Pand. §. 421. Seufferts Archiv III, Nr. 329 (Klage auf Zurückgabe einer in die Ehe gebrachten Waarenhandlung. Begehren der Klägerin, die Zurückgabe solle nach einem eidlich zu bestärkenden Verzeichnisse geschehen. Universitas facti).

2) Fr. 7 §. 12 solut. matrim. (24, 3). Vergl. fr. 10 §. 2, fr. 32 de jure dotium (23, 3). Von dem Antheile, der dem Manne etwa als Finder des Schatzes gebührt (§. 130), ist hier nicht die Rede.

3) Fr. 42 de jure dotium (23, 3). Zufälliger Verlust hebt diese Verbindlichkeit nicht auf, was auch von Capitalien gilt, welche der Mann von Dotalgeld angelegt hat.

4) Fr. 54 eod.; fr. 22 in f. soluto matrimonio (24, 3) vergl. mit C. 12 de jure dotium (5, 12). Seufferts Archiv IV, Nr. 57, II. Vergleiche indessen ebd. Bd. 1 Nr. 244.

2) Hat der Mann Dotalsachen unter Ansetzung eines Preises (verkaufsweise) erhalten, so wird nur dieser bezahlt [5]; es findet jedoch, wenn die Bezahlung nicht erlangt werden kann, auch die Zurückforderung der Sache selbst statt [6]. Geschah die Schätzung blos, um (für Fälle schuldvollen Verlustes oder Verderbs) den Beweis des Werthes zu sichern (taxationis causa), so liegt es in dem Belieben des Mannes, ob er den Schätzungspreis entrichten, oder die Sache, wenn sie nur nicht durch seine Schuld verschlechtert ist, zurückgeben will [7].

3) Ist eine Schätzung nicht geschehen, so sind die Dotalsachen selbst Gegenstand der Zurückgabe. Sind Dotalsachen durch Schuld des Mannes verdorben worden, zu Grunde oder verloren gegangen, so liegt ihm die Vergütung des Schadens ob [7a]. Nur befreit ihn, wenn nicht Dolus oder grobe Fahrlässigkeit in Mitte liegen, der Beweis, daß er es an der Sorgsamkeit, die er seinen eigenen Sachen widmet (diligentia, quam suis rebus adhibere solet), nicht habe fehlen lassen [8]. Von den Früchten der Dotalsachen müssen nur die etwa vor der Ehe gezogenen vergütet werden [9], und die des letzten Jahres sind, nach Verhältniß der Zeit, welche die Ehe in diesem bestand, zwischen dem Manne oder dessen Erben und Dem, welchem die Zurückgabe geschieht, zu theilen [10].

---

5) C. 5, 10 de jure dotium (5, 12). Vgl. fr. 10 pr., fr. 69 §. 8 eodem. Zufälliger Verlust oder Untergang einer venditionis causa geschätzten Dotalsache hebt die Verbindlichkeit zur Erstattung des Werthes nicht auf. — Daß die Ansetzung eines Preises venditionis, nicht taxationis causa (s. oben) geschehen, ist im Zweifel anzunehmen. Vgl. C. 5 cit., fr. 10 pr. §. 6, fr. 14, 15, 21, 69 §. 8 eod.

6) C. 5 eod.: „Retinebit eas, *si pecuniam tibi offerat.*" C. 30 eod.

7) Vergl. fr. 10 §. 6, fr. 11, 18 eod. Vergl. fr. 66 §. 3 sol. matr. Bei unverschuldetem Verlust oder Verderb hat er in diesem Falle (wie in dem unter Nr. 3) keinen Ersatz zu leisten.

7a) Vom Ersatze des Werthes veräußerter Dotalsachen s. Seufferts Arch. I, Nr. 242.

8) Fr. 17 pr. de jure dot.; fr. 24 §. 5, fr. 50, fr. 66 pr. soluto matrimonio (24, 3); C. 1 eod.; vgl. C. 21 de jure dot. Hasse, die Culpa 2. Ausg. §. 62 und S. 156, 174, 205, 377, 425 f.

9) Fr. 7 §. 1, C. 20 de jure dot.

10) C. un. §. 9 de rei uxor. act. (5, 13), in den Worten sed et novissimi anni. Vergl. fr. 7 §. 4 et sequ. sol. matr. — E. Schrader, Comm.

4) War die Dos durch Uebertragung von Forderungen bestellt, so ist entweder der Betrag zu entrichten, oder eine Rückübertragung zu bewirken [11]. Für verschuldeten Verlust haftet der Mann auch hier nach den unter Nr. 3 vorgetragenen Grundsätzen; für den unverschuldeten in dem Falle, wenn die Bestellung durch Delegation (nicht durch Cession) erfolgt war, und es sich nicht von einer auf Leistung einer Species gehenden Forderung handelt [11a]. Bestand die Bestellung blos in dem noch nicht erfüllten Versprechen der Dos, so findet, wenn die Zurückgabe der Dos an die für das Versprechen haftende Person geschehen soll, kein Anspruch statt [12]. In anderen Fällen muß der Mann im Falle Verschuldens der bezeichneten Art (Nr. 3) den durch Insolvenz des Promittenten verlornen Betrag erstatten [13].

5) Sind Forderungen an den Mann, zum Behufe der Dotation, erlassen worden, so muß er nun deren Gegenstand ebenso entrichten, als wenn er ihn als Dotalsache empfangen hätte [14].

---

de divis. fruct. Helmstadt 1805. Vergl. Puchta, Vorles. zu §. 421. Vangerow, Bd. I. §. 220 Anm. 2.

11) Glück im Comment. XXV, S. 39. Vergleiche fr. 51 in f. de peculio (15, 1).

11a) Vergl. fr. 35, 56 pr. de jure dot. mit C. 3 de nov. et deleg. (8, 42). Vangerow, Bd. I. §. 217 Anmerk. 1. — Vergleiche auch fr. 41 §. 3 de jure dot.

12) Fr. 41 §. 4 de jure dot.; fr. 66 in f. sol. matr.

13) Vgl. fr. 33, 35, 49 de jure dot.; fr. 30 §. 1, fr. 66 §. 6 soluto matrim. Wichtig für die Frage des Verschuldens im einzelnen Falle, insbesondere auch für Feststellung der Beweislast, ist die Bestimmung, daß es dem Manne nicht zum Vorwurfe gereichen soll, wenn er (abgesehen von besonderen Anzeigen einer Gefahr auf dem Verzuge) den Promittenten nicht gedrängt hat; ohne Unterschied, ob die Frau selbst, oder der Schwiegervater, oder aus gutem Willen ein Dritter die Bestellung der Dos versprochen hatte. Fr. 33 cit. — Auch für den Zufall hat der Mann einzustehen, wenn er mit dem Promittenten eine Novation oder einen Nachlaßvertrag abgeschlossen oder Zinsen von demselben eingetrieben hat. Vgl. fr. 35, 49, 66 §. 6 cit. mit fr. 71 de jure dot. — Vangerow Bd. I. §. 217 Anm. 1. Nr. 2.

14) Vgl. fr. 12 §. 2, fr. 43 §. 1 de jure dot.

6) Ist

a) ein Nießbrauchsrecht zum Zwecke der Dotation aufgegeben worden, so ist es nun wiederherzustellen [15]); war

b) die Ausübung eines bestehenden Nießbrauchs überlassen, so geht diese jetzt an die Zurückgabs-Berechtigten über;

c) im Falle, daß die Dos durch die Begründung eines Nießbrauchs bestellt worden, erlischt derselbe, wenn der Tod des Mannes die Ehe trennt oder die Zurückgabe der Dos dem Proprietar gebührt; in andern Fällen geht die Ausübung bis zum Tode des Mannes an die Frau oder deren Erben über [16]).

## §. 460.

### d) Klagen auf Zurückgabe der Dos.

Fußt die Zurückforderung lediglich auf vertragsmäßiger Zusicherung, so wird sie durch die entsprechende Klage (actio ex pacto praescriptis verbis) geltend gemacht [1]). Die dem gesetzlich Berechtigten (in wie außer dem Falle einer Verabredung) zustehende Klage ist als actio ex stipulatu bezeichnet [2]). Außer dieser persönlichen Klage hat die Frau in Ansehung der noch vorhandenen Dotalsachen, welchen im Falle der Insolvenz des Mannes die von

---

15) Fr, 78 pr. §. 1 eod.

16) Fr. 78 §. 2, 3 eodem vergl. mit fr. 66 eodem und fr. 57 soluto matrim. Siehe hierüber Glück im Comment. Bd. 25 §. 1230. — Bezüglich der dos profectitia vgl. auch §. 458.

1) C. 6 de jure dot. Auf die Klage aus dem Vertrage, durch welchen sich der dritte Besteller bei der Bestellung die Restitution von dem Manne versprechen läßt (dos receptitia), finden die eigenthümlichen eherechtlichen Grundsätze keine Anwendung, während von dem Vater der Frau, wenn er als Besteller sich die Dos paciscirt, dasselbe gilt, was von der Frau. Puchta, Pand. §. 418. Vgl. Const. un. §. 13 de rei uxoriae actione (5, 13) mit C. 7 de jure dot. und fr. 29 pr. sol. matr.

2) C. un. §. 2 de rei uxor. act. (5, 13). Auf die Dotalklage des neuesten Rechtes sind Merkmale übertragen, welche nach älterem Rechte nur unter der Voraussetzung einer in Mitte liegenden Stipulation eintraten; daher hatte Justinian den sonderbaren Einfall, die Klage sollte immer actio ex stipulatu heißen. Vgl. Puchta, Vorlesungen zu §. 418.

Dotalgeldern angeschafften. gleichstehen[3]), die Vindications-Klage[4]); nebstdem treten die Rechtsmittel aus dem zur Sicherheit der Dos bestehenden Pfandrechte ein[5]).

## §. 461.

### c) Vom Beweise bei Zurückforderung der Dos.

Wer eine Dos zurückfordert, muß im Läugnungsfalle vor Allem die Bestellung (Illation) derselben beweisen[1]). Hiebei unterliegt die Beweiskraft der von dem Manne ausgestellten Empfangsbescheinigung ähnlichen Beschränkungen, wie die von Schuldscheinen bei Darlehen. Es kann nämlich die Beweiskraft der gedachten Bescheinigung von dem Manne oder dessen Erben durch die exceptio oder querela non numeratae dotis[2]) beseitigt werden. Der Gebrauch dieser Rechtsmittel ist an folgende Zeitfristen gebunden[3]):

1) Hat die Ehe nicht über zwei Jahre gedauert, so muß die Geltendmachung binnen Jahresfrist von Zeit der Trennung, hat sie

2) mehr als zwei, aber nicht über zehn Jahre bestanden, binnen drei Monaten erfolgen.

3) Mit einer zehnjährigen Dauer der Ehe fallen sie ganz weg. War jedoch der Ehemann bei Ausstellung des Empfangsscheines noch minderjährig gewesen, so kann er bis zum Ablauf des zwölften Jahres (von Eingehung der Ehe) Restitution suchen, und wenn er vorher stirbt, die Querel von seinen Erben noch innerhalb

---

3) S. oben §. 459 Nr. 1 und Note 4.

4) C. 30 de jure dot. Das hier von der Frau Gesagte wird auch auf deren Erben bezogen. Kreittmayr, Anm. z. bayer. L.-R. I, 6 §. 13 Nr. 20

5) S. oben §. 200, 216 Nr. 3.

1) C. 1 de dote cauta non numerata (5,15); vgl. fr. 70 de jure dot. (23,3); fr. 85 pr. de reg. juris. S. jedoch §. 459 Nr. 4, 5. Vgl. auch Seufferts Archiv II, Nr. 304.

2) Vor Ablauf der gesetzlichen Zeit kann sich der Aussteller gerade so, wie bei Schuldscheinen über Darlehen, der condictio sine causa bedienen oder einen Protest einlegen. S. oben §. 311. Vgl. Glück a. a. O. S. 257 Nr. 4.

3) Nov. 100 praef. cap. 1, 2. Vgl. Const. 3 de dote cauta non numerata; C. 14 §. 1 de non num. pec. (4, 30).

Jahresfrist angestellt werden. Sind die Erben noch minderjährig, so ist ihnen zum Gebrauch des gedachten Rechtsmittels fünf Jahre Zeit gegeben.

Noch ist zu bemerken:

1) Die querela und exceptio non numeratae dotis fallen weg, wenn der Mann das Bekenntniß des Empfanges in einer zweiten Handschrift wiederholt hat [4]). Ein Verzicht in dem Schuldscheine selbst ist unwirksam [4a]).

2) Ist die Beweiskraft der ausgestellten Bescheinigung durch die zehnjährige Dauer der Ehe bestätigt, so ist der Ehemann selbst von dem Gegenbeweise des Nichtempfanges ausgeschlossen [5]).

3) Soll der Beweis der Illation gegen die Gläubiger des Mannes im Concurse mit denselben geführt werden, so ist die bloße Empfangsbescheinigung des Mannes, auch nach Ablauf der angegebenen Fristen, nicht hinreichend [6]).

## §. 462.

### f) Von Gegenforderungen des Mannes.

Dem Manne (oder dessen Erben) können wegen Verwendungen auf Dotalsachen Gegenforderungen zustehen. Ihm gebührt

1) Vergütung der Auslagen, welche durch die Erzielung derjenigen Früchte veranlaßt wurden, die er mit der Hauptsache herausgeben muß (§. 459 Nr. 3 a. E.) [1]).

2) In Ansehung der auf die Hauptsache selbst gemachten Verwendungen ist zu unterscheiden:

a) Von den nothwendigen werden diejenigen nicht vergütet, welche zu dem gewöhnlichen Aufwand auf die Erhaltung

---

4) Const. 14 §. 1 cit. Pufendorf, obs. Tom. IV. obs. 83. Struben, rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 107. Glück a. a. O. S. 254 Note 3.

4a) Vgl. oben §. 311 Note 12.

5) Nov. 100 cap. 1. Glück a. a. O. S. 256. Pufendorf, obs. Tom I obs. 65 §. 2.

6) C. 9 pr. de bonis proscript. (9, 49).

1) S. oben §. 65 a. E.

der Sache gehören [2]), wohl aber außerordentliche, durch besondere Umstände und Ereignisse herbeigeführte Auslagen [3]). Wegen Verwendungen dieser Art kann sich der Beklagte sowohl der Einrede der Retention oder (nach Beschaffenheit des Klagegegenstandes) der Compensation bedienen [4]), als auch nach der Zurückgabe der vollen Dos den Betrag der gedachten Verwendungen als entrichtete Nichtschuld [5]), oder aus dem Standpunkte der Geschäftsführung [6]) zurückfordern. Aus demselben Standpunkte hat er

b) Anspruch auf Ersatz nützlicher Verwendungen [7]), ohne jedoch wegen solcher die Herausgabe der Dos verzögern zu dürfen [8]).

c) Wegen der blos zierenden Verwendungen gebührt dem Manne keine Vergütung, selbst dann nicht, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht wurden. Nur steht ihm, soferne es ohne Beschädigung der Hauptsache ausgeübt werden kann, das Recht der Wegnahme zu [9]).

---

2) Fr. 15, 16 vergl. mit fr. 7, 8, 11, 12 de impensis in res dotales (25, 1).

3) Necessariae impensae dotem minuunt. Vergl. fr. 1—3, fr. 5 pr. eodem. Von Kosten der Proceßführung über Dotalsachen vgl. Seufferts Arch. IV, Nr. 125. Das O.-A.-G. zu Dresden hat angenommen, die Kosten eines Processes über Dotalsachen, welche im Falle des Obsiegens dem ehemannlichen Nießbrauche zufallen, habe der Ehemann zunächst von den Nutzungen, und nur wenn diese nicht ausreichen, von der Substanz des eheweiblichen Vermögens zu entnehmen.

4) Fr. 5 pr. eodem; fr. 56 §. 3 de jure dot. (23, 3). C. un. §. 2 de rei uxoriae act. (5, 13). Cujacii obs. XXIII, 12.

5) Fr. 5 §. 2 de impensis in res dotales.

6) Mit der act. neg. gest. — oder, wenn ein Auftrag der Frau in Mitte lag, — actio mandati contraria.

7) C. un. §. 5 cit. Vergl. über Wertherhöhung au eingebrachten Sachen Seufferts Archiv III, Nr. 178.

8) Constitutio un. §. 5 cit. Die Einrede der Compensation, sofern deren allgemeine Voraussetzungen gegeben sind, halten für zulässig Lauterbach, Colleg. theoret.-prakt. XXV, 1 §. 5. Hofacker, Principia §. 452.

9) Fr. 9, 11 pr. de impens. in res dotales (25, 1).

§. 462 b.

## B. Von der contrados (donatio propter nuptias)[1].

Wie dem Manne in der Dos ein Beitrag zu den Lasten der Ehe gegeben wird, so ist auf der anderen Seite die von ihm der Frau ausgesetzte donatio propter nuptias (antipherna, contrados, Widerlage) darauf berechnet, den Unterhalt derselben für die Zeit zu sichern, wo er selbst es nicht mehr im Stande wäre. Von den Fällen des Todes, der Scheidung durch des Mannes Schuld, der Verarmung handelt es sich; bei Eintritt eines dieser Fälle soll die Frau mit ihren Kindern durch die Widerlage ihren Unterhalt finden. Die Einbringung einer Dos begründet den Anspruch auf Bestellung der Gegendos, und zwar zu gleichem Betrage mit der Dos[2]. Der Mann bleibt während der Ehe in Genuß und Verwaltung[3]) der zur Widerlage bestimmten Gegenstände, ohne Veräußerungsrecht, selbst nicht mit Einwilligung der Frau[4].

Im Falle eine Ehescheidung durch Schuld des Mannes herbeigeführt wird, ist die donatio propter nuptias an die Frau verwirkt, so zwar, daß dieser bei kinderloser Ehe das Eigenthum, sonst nur der Nießbrauch[5], den Kindern das Eigenthum zufällt. Verarmt der Mann, so erwächst der Frau die Befugniß, Einsetzung in den Besitz, so der Dos wie der donatio propter nuptias zu verlangen, um beide ihrer eigentlichen Bestimmung zu erhalten[6]. Bei Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes erlangt die Wittwe ein Recht auf Eigenthum (resp. Nießbrauch) der donatio propter nuptias nur in Folge vertragsmäßiger Zu-

---

1) Burchardi im Archiv für c. Pr. IX, S. 197. Warnkönig ebend. XIII, S. 1 ff. v. Löhr ebd. XV, S. 431 ff.; XVI, S. 1 ff. Franke ebd. XXVI, S. 63—84.

2) Nov. 97 cap. 1, 2.

3) Vgl. Const. 29 de jure dot. (5, 12) mit Const. 20 de don. ante nupt. (5, 3).

4) Nov. 61 cap. 1.

5) S. unten §. 463 Nr. 2.

6) C. 29 de jure dot.

sicherung [7]). — Die donatio propter nuptias ist kein gemeinrechtlich praktisches Institut [8]).

## §. 462 c.

## C. Vom Paraphernalgute.

Was die Frau außer der Dos an Vermögen hat, heißt Paraphernalgut [1]). An diesem stehen dem Manne nur diejenigen Rechte zu, welche ihm etwa die Frau besonders eingeräumt hat [2]). Sind auch Paraphernalgüter dem Manne zugebracht, so kommt es im einzelnen Falle auf die Absicht der Uebergabe an; sie kann zum Zwecke des Nießbrauches, der Verwaltung, der Aufbewahrung und dergl. geschehen, und so nach Verschiedenheit des Falles verschiedene Rechtsfolgen haben [3]). Sind dem Manne Capitalien anvertraut, so darf er die Zinsen einheben, um sie zum Besten der Ehe zu verwenden, sowie das Capital selbst eincassiren, wobei er das Geld entweder aufzubewahren, oder für die Frau zweckmäßig anzulegen verpflichtet ist [4]). Als Verwalter der Para-

---

7) Vgl. Franke a. a. O. S. 68.

8) Im bayer. Landrechte von 1756 (Th. I. Cap. 6 §. 14) ist sie recipirt.

1) Fr. 9 §. 3 de jure dot. (23, 3). Const. 11 de pact. convent. super dote (5, 14). — Ueber Lotteriegewinn der Ehefrau vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 303.

2) C. 8 eod.

3) Fr. 9 §. 3 cit. Vgl. Seufferts Archiv I, Nr. 243. Es ist eine irrige Ansicht, daß aus der Illation (aus dem natürlichen Umstande, daß, wo die Frau ist, auch ihre Sachen sind) eine Präsumtion für die Dotaleigenschaft erwachse. Aus fr. 23, 48 §. 1 de jure dot. (23,3) und fr. 11 de pact. dotal. (23, 4) läßt sich eine solche Vermuthung nicht begründen. Puchta, Pand. §. 423.

4) C. 11 cit. Vergl. Erk. des Berliner Cassations- und Revisionshofes in Seufferts Archiv II, Nr. 190: „Die Gültigkeit der Verfügungen des Ehemannes über die Paraphernal-Capitalien ist nach C. 11 cit. an zwei Bedingungen geknüpft:

a) an die Uebergabe der Schuldbriefe von Seiten der Frau an den Mann und Erwähnung dieser Uebergabe in einem schriftlichen Dotalvertrag, und

b) an die wirkliche Eincassirung der Schuld, wodurch Erlaß, Vergleich u. s. w. ausgeschlossen sind."

phernen muß er wenigstens mit der bei seinen eigenen Angelegenheiten gewohnten Sorgfalt zu Werke gehen, und die etwa von der Frau gegebene Instruction genau einhalten [5]). Auch das Eigenthum von Paraphernen kann dem Manne übergeben, und hiernach die Frau blos Gläubigerin seyn [6]).

Paraphernalgüter, deren Nießbrauch sowohl als Verwaltung die Frau dem Manne nicht übertragen hat, werden gemeinhin bona receptitia genannt [7]).

§. 463.

## D. Von den Vermögensnachtheilen bei der Ehescheidung.

Nach der Ehescheidung hören

1) alle Erwerbungen der Ehegatten von einander auf; was insbesondere ein Gatte von dem andern auf den Todesfall erworben hätte, wird bei Trennung der Ehe durch Scheidung nicht erworben [1]); auch tritt die Convalescenz der Schenkung, welche einer der Ehegatten dem anderen gemacht hatte, nicht ein [2]). Bei diesen Folgen der Scheidung wird zwischen dem schuldigen und unschuldigen Theile nicht unterschieden.

2) Die Scheidung zieht Vermögensstrafen nach sich, welche den schuldigen Theil treffen. Trägt die Frau die Schuld, so fällt dem Manne die Dos (im Falle des Ehebruchs um ein Drittel vermehrt) zu [3]), sowie, wenn die Schuld

---

5) Vgl. C. 8 und C. 11 cit. Für dolus und culpa lata haftet er unbedingt.

6) Fr. 9 §. 3 cit.: „Ceterum, si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt, videamus an statim efficiuntur mariti? Et putem, si sic dentur, ut fiant, effici mariti: et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici."

7) Glück im Comm. XXV, S. 228, 259, 271 f. Es ist eine irrige Meinung, ein besonderer Vorbehalt von Seite der Frau sey zur Begründung dieser Eigenschaft erforderlich.

1) Fr. un. §. 1 de b. p. unde vir (38, 11); fr. 49 §. 6 de leg. III. Vgl. fr. 3 de auro, argento (34, 2).

2) S. unten §. 467.

3) Nov. 117 cap. 8. Die nov. 134 (cap. 10) ist in Deutschland nicht recipirt. Hofacker, princ. §. 493 not. a. Diese Privation kann jedoch weder dem Vater noch einem Dritten präjudiciren, wenn diese kraft Gesetzes

am Manne liegt, die Frau die donatio propter nuptias (in zwei Fällen [3a]) um ein Drittel vermehrt) gewinnt [4]). War keine Dos resp. donatio propter nuptias bestellt worden, so verwirkt der Schuldige an den Unschuldigen den vierten Theil seines Vermögens, jedoch nicht über hundert Pfund Goldes [5]).

Was indessen der Unschuldige durch diese Strafen aus dem Vermögen des Schuldigen erhält, gehört ihm nur insofern eigenthümlich, als keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind; im entgegengesetzten Falle bekommen die Kinder das Eigenthum, jener nur die Nutznießung [6]).

3) Die aus der geschiedenen Ehe erzeugten Kinder werden

---

oder Vertrages die Dos zurückzufordern befugt sind. C. ult. de repudiis (5, 17). In diesem Falle gilt das zu Note 5 Gesagte.

3a) Wenn der Mann die Frau fälschlich des Ehebruches angeklagt oder ihr durch Unterhaltung einer Beischläferin zur Scheidung Ursache gegeben hat. Ueber das Nähere vgl. Glück, Comment. XXVII, §. 1272. — Das über den Beischlag eines Drittels (zur dos resp. don. pr. nupt.) Verordnete hält für unpraktisch Hofacker l. c. not. d.

4) Nov. 117 cap. 9.

5) C. 11 §. 1, 2 de repudiis (5, 17). Im Hinblicke auf Nov. 97 c. 1 wird von Manchen gelehrt, in Ermangelung einer donatio propter nuptias habe der schuldige Mann die Dos in doppeltem Betrage herauszugeben. Göschen, Vorl. §. 708. Sintenis, Civilr. Bd. III. S. 80 in der Note. — Ueber die Praxis, nach welcher im Falle der Schuld des Ehemannes die unschuldige Ehefrau, insofern sie keinen Brautschatz eingebracht hat oder die Früchte des Brautschatzes zur standesmäßigen Alimentation nicht hinreichen, bis zu etwaiger Eingehung einer zweiten Ehe von ihrer Seite, sowie in deren Ermangelung lebenslänglich standesmäßigen Unterhalt aus dessen Vermögen zu verlangen befugt seyn soll, vgl. Hagemann prakt. Erört. VIII, Abth. 2 Nr. 4.

6) C. 11 §. 1, 2 cit. Nov. 117 cap. 8, 9. — Ist es nicht zur wirklichen Ehescheidung gekommen, indem entweder der unschuldige oder der schuldige Theil vor erhobener Klage starb, so können

a) im ersten Falle die Erben des Unschuldigen die unter Nr. 2 bemerkten Strafen nicht einfordern — fr. 15 §. 1 soluto matrim. (24, 3);

b) wohl aber ist im anderen Falle gegen die von dem Erben des Schuldigen unternommene Einforderung der lucra nuptialia die Einrede, daß die Ehescheidung verwirkt gewesen, begründet. C. 4, X. de don. inter vir. et ux. (4, 20). Pufendorf, obs. Tom. III. obs. 122.

auf Kosten des Vaters, und zwar, sofern es der Richter aus besonderen Gründen nicht für unzweckmäßig findet, bei dem Unschuldigen erzogen [7]).

## §. 464.

### E. Von den Nachtheilen der zweiten Ehe [1]).

Die Eingehung einer zweiten Ehe, nach Trennung der ersten, hat für den sich weiter verheirathenden Ehegatten, im Interesse der durch diesen Schritt gefährdeten Kinder der früheren Ehe, folgende Nachtheile:

1) er verliert das Eigenthum der Güter, welche er durch die erste Ehe auf lucrative Weise [1a]) erworben hat, indem solches den Kindern, auch wenn sie (abgesehen von Enterbungsfällen) den verstorbenen parens nicht beerbten, zu gleichen Antheilen (nach der Intestat-Erbfolgeordnung) zufällt [2]), und er (der conjux binu-

---

7) Auth.: „Si pater" C. divort. facto (5, 24). Vgl. Nov. 117 cap. 7. Der Vater ist jedenfalls vor der Mutter zur Alimentation verbunden. Siehe oben §. 449. Vgl. Fritz in v. Löhrs Mag. IV, Nr. 12.

1) S. auch unten §. 617 lit. c, β. Von Beschränkungen des Widerrufes der Schenkungen an Kinder erster Ehe, als Folge der weiteren Verheirathung, s. Const. 7 de revoc. donat. (8, 56); Nov. 22 cap. 35. — Durch letztwillige Verfügung des vor-versterbenden Ehegatten kann der überlebende der Nachtheile der weiteren Verehelichung nicht überhoben werden. Glück, Comment. XXIV, S. 123 f.; Majer in der Gießener Zeitschrift N. F. V, Nr. 7. Dagegen Geiger in derselben Zeitschrift XIX, Nr. 7.

1a) Sey es als Morgengabe, Mahlschatz, Schenkung, durch Erbeinsetzung, Vermächtniß oder Fideicommiß, oder zufolge der Bestimmung des Cap. 3 der Nov. 127. Vergl. hierüber Vangerow, Bd. I. §. 227 Anm. 1 Nr. 1, a.

2) Vgl. Puchta, Pand. §. 428: „Dadurch ist dem binubus die Disposition über jene Güter entzogen, und diese sind den Kindern gesichert. Selbst eine vor Eingehung der zweiten Ehe vorgenommene Veräußerung schadet den Kindern nicht; sie wird durch die zweite Ehe rescindirt, und die Kinder können die Güter vindiciren; freilich aber findet diese Anfechtung überall erst statt, wenn die Güter an sie auch dem Genusse nach fallen, also nach dem Tode des binubus . . ." S. übrigens, was die einzelnen einschlagenden Bestimmungen der Nov. 22 angeht, Glück im Comment. XXIV, §. 1217, insbesondere S. 126 f.

bus) bloß den lebenslänglichen Nießbrauch behält [2a]). Gleiches tritt in Ansehung derjenigen Güter ein, welche von dem verstorbenen Ehegatten auf die Kinder erster Ehe, und von diesen wieder durch Intestat-Erbfolge auf den zur zweiten Ehe schreitenden Ascendenten gekommen sind [3]). Sind Kinder erster Ehe nicht oder nicht mehr vorhanden, so fallen die bemerkten Nachtheile weg.

2) Der conjux binubus darf seinem zweiten Gatten [4]) durch lucrativen Titel [5]) nicht mehr zuwenden, als demjenigen der Kinder erster Ehe, welches von ihm am wenigsten empfängt [6]).

Hiebei kommen auch die Enkel aus der ersten Ehe, jedoch nicht als Einzelne, sondern nur als Stammvertreter in Betracht, so daß der Antheil des zweiten Ehegatten mit dem verglichen wird, was jedem der mehreren Stämme zugewandt ist [7]). Bei der Vergleichung kommen alle Zuwendungen in Anschlag, welche von dem zweimal verheiratheten Ehegatten bei seinen Lebzeiten oder durch letzten Willen gemacht wurden [8]). Kinder, welche vor dem-

---

2a) C. 3 §. 1. C. 5 de secund. nupt. (5, 9); Auth. ex testam. C. eodem. Nov. 22 cap. 23—26. Vgl. cap. 29, 32, 33 der Nov. 22 und Nov. 127 cap. 3. S. oben §. 169 Nr. 4. War dem binubus ohnehin nur der Nießbrauch an gewissen Vermögensstücken zugefallen, so tritt ein Nachtheil nicht ein. — Die für den Nießbrauch an Adventitien geltenden besonderen Grundsätze (§. 488) kommen für obige Nießbrauchsfälle nicht zur Anwendung. Marezoll in der Gießener Zeitschrift V, S. 255 f.

3) C. 3 §. 1 cit. Nov. 22 cap. 46 §. 2. Die Novelle spricht bloß von der *uxor* binuba, auf welche der Satz von Vangerow a. a. O. Nr. 2 und Anderen beschränkt wird. Vgl. Seufferts Archiv I, Nr. 239.

4) In Ansehung der Kinder zweiter Ehe findet diese Beschränkung nicht statt. Hofacker, Principia §. 516, II.

5) Weder als dos oder don. propter nuptias, noch durch einfache Schenkung, noch durch letztwillige Verfügung; weder unmittelbar noch mittelbar. Vgl. Nov. 22 cap. 27, 31; c. 6 pr. de sec. nupt. — S. auch Vangerow a. a. O. Nr. 1 lit. c.

6) C. 6 cit. Nov. 22 cap. 27. Auf der anderen Seite sollen den Kindern der zweiten Ehe die dos oder die donatio propter nuptias, welche der binubus von dem zweiten Ehegatten bezogen hat, ebenso ungeschmälert zufallen. Nov. 22 cap. 29.

7) Nov. 22 cap. 27. Vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 63.

8) Nov. 22 cap. 28.

selben gestorben und nicht durch Enkel vertreten sind [9]), sowie auch die rechtmäßig enterbten [10]), werden dabei nicht berücksichtigt.

Ergibt sich aus der Vergleichung, daß dem zweiten Ehegatten mehr zugewandt ist, als nach der angeführten Beschränkung geschehen darf, so kann er, was ihm über den gesetzlichen Betrag bestimmt ist, nicht in Anspruch nehmen, und muß das darüber bereits Empfangene wieder herausgeben [11]). Das demselben hiernach Entgehende wird unter die Kinder und Enkel erster Ehe nach gleichen Stammportionen vertheilt [12]).

Als ein Verzicht auf diese Vortheile kann es nicht angesehen werden, wenn die Kinder erster Ehe ihre Zustimmung zur weiteren Verheirathung des Vaters oder der Mutter erklärt haben [13]).

3) Schreitet eine Wittwe zur zweiten Ehe, so verliert sie Rang und Stand ihres verstorbenen ersten Mannes, und nebstdem die Vormundschaft und das Erziehungsrecht über die Kinder erster Ehe [14]). S. jedoch §. 503 Note 2ª.

---

9) Nov. 22 cap. 27, 28. Ob die gesetzliche Vorschrift überschritten sey, wird bemessen nach dem Stande, welchen das Vermögen des binubus zur Zeit seines Todes hatte.

10) Nov. 22 cap. 27.

11) C. 6 de sec. nupt. Nov. 22 cap. 27. G. L. Boehmer, de restricta de bonis suis in favorem secundi conjugis disponendi facultate (Elect. jur. civ. T. II).

12) Vergleiche die vorige Note. Vangerow am angeführten Orte Nr. 1 lit. b.

13) Leyser, spec. 300 med. 12. Pufendorf, Obs. I, 24.

14) Nov. 22 cap. 38, 40. Nov. 94 cap. 3. Ueber die heutzutage unpraktischen Strafen, wenn die Wittwe sich während des Trauerjahres wieder verheirathet oder Unzucht treibt, — vergleiche fr. 1, 11 de his qui not. infam. (3, 2); Constitutio 1, 2 de secundis nuptiis (5, 9); Nov. 22 cap. 22, Nov. 38 cap. 2. Schweppe, Röm P.-R. §. 271, 272. Puchta, Pandekten §. 429. — Dagegen aber cap. 4, 5 X. de secundis nuptiis (4, 21). Nur die Bestrafung der Unzucht innerhalb des Trauerjahres durch Verlust der lucra nuptialia ist beibehalten. Vergl. Vangerow a. a. O. Anm. 2.

## §. 465.

## F. Von Schenkungen unter Ehegatten. [1])

### 1) Regel der Ungiltigkeit.

Schenkungen, welche ein Ehegatte während der Ehe [2]) dem andern macht, sind ungiltig [3]). Dieser Grundsatz erstreckt seine Wirksamkeit auch auf Geschenke an Personen, welche mit dem andern Ehegatten durch väterliche Gewalt verbunden sind, in dem Maße, daß diesem (dem andern Ehegatten) aus der Zuwendung kein rechtlicher Vortheil erwachsen kann [4]). Ist dem Ehegatten

---

1) De Retes, de donat. inter vir. et ux. liber singularis (Meermann, thes. VI. p. 665—702). J. H. Boehmer, de statu donat. inter vir. et ux. antiquo et hodierno (Exerc. ad Pandect. IV, Nr. 72). Savigny, System Bd. IV. §. 162—164.

2) Hiernach sind Schenkungen unter Brautleuten (fr. 5 pr. eodem), an die Concubine (fr. 31 de donat. 39, 5), nach getrennter Ehe (fr. 34 de don. i. v. et u.), und auch zwischen solchen Personen giltig, die in nichtiger Ehe leben (fr. 3 §. 1 eodem). Vergleiche jedoch fr. 3 §. 1, fr. 32 §. 28 eodem; Const. 7 eodem (5, 16). Es kann hier eine Zurückforderung des datum ob causam wegen Irrthumes vorkommen, oder eine Zurückforderung ob turpem causam.

3) Fr. 1, 3 pr., fr. 5 pr., fr. 27, 66 eod. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 425: „In der Gemeinschaft der Güter sind Schenkungen unmöglich, möglich werden sie durch die Vermögensgetrenntheit . . . Der liebevollere Gatte wird zu Schenkungen geneigt seyn, der lieblosere davon Gebrauch machen, sich auf Kosten des Anderen zu bereichern . . . Kein Ehegatte soll sich auf Kosten des anderen bereichern; was jedem die wahre eheliche Gesinnung eingeben sollte, ist zu einer rechtlichen Nothwendigkeit erhoben."

4) Vergl. fr. 3 §. 2—8, fr. 32 §. 16, C. 4, 5 eod. Savigny a. a. O. S. 172 Note o: „Die Ausdehnung des Verbotes beruht großentheils auf dem durch Justinian sehr beschränkten Grundsatze des alten Rechtes, daß die Kinder dem Vater erwerben, und sie kann daher im neuesten Rechte nur theilweise zur Anwendung kommen. Wenn die Frau ihrem Sohne schenkt, so ist das nicht mehr eine mittelbare Schenkung an den Mann, außer insofern dieser den Nießbrauch erwirbt; daher kann nur dieser Nießbrauch nicht gelten, d. h. das Geschenk verwandelt sich von selbst in ein s. g. peculium adventitium extraordinarium . . . Da, wo nach heutigem Rechte die väterliche Gewalt durch die Ehe des Kindes aufgehoben wird, kann ohnehin nicht mehr von jenen Ausdehnungen des Verbotes auf Eltern und Geschwister die Rede seyn."

und einem Dritten gemeinschaftlich geschenkt, so besteht das Geschäft in Ansehung des Letzteren, und wenn eine Absonderung nicht möglich ist, auch für den Ersteren [5]). Es ist nur eine Folge allgemeiner Grundsätze, daß Schenkungen unter Ehegatten durch Verkleidung in ein Geschäft anderer Art nicht giltig werden [6]); aber selbst wirkliche Verkäufe, bei welchen nur in der Absicht zu schenken der Preis geringer angesetzt ist, sind in der Art zum Theil unwirksam, daß die Sache dem Beschenkten und dem Schenker nach Verhältniß des angesetzten zu dem wirklichen Preise gemeinschaftlich wird [7]). Gleichgiltig ist es ferner, ob der Gegenstand von dem Schenker an den Beschenkten unmittelbar oder durch eine Mittelsperson gelangt [8]).

Außer dem Bereiche obiger Regel liegen Zuwendungen, durch welche der Empfänger nicht reicher wird [9]); insbesondere wenn sich die Ehegatten wechselseitig beschenken [10]), oder der Gegenstand blos in der Mitbenützung von Sachen täglichen Gebrauches besteht [11]), oder zur Erhaltung und Alimentation der Frau gehört [12]), oder dem Manne gegeben wird, um demselben Amt und Würde zu verschaffen, oder sonst Ehre zu machen [13]). Gleiches gilt von Zuwendungen, durch welche der gebende Ehegatte nicht ärmer wird, d. h. sein gegenwärtiges Vermögen nicht vermindert [14]), ins-

---

5) Fr. 5 §. 2 eod.

6) Fr. 5 §. 5, fr. 7 §. 5, fr. 49, 52 eod. Der Schenkung steht auch das Aufgeben eines Rechtes gleich — fr. 5 §. 6, 7 eod.

7) Fr. 31 §. 3 eod.: „Si duo mancipia fuerint, singula quinis digna, sed utrumque unis quinque donationis causa a viro mulieri vel contra venierint: melius dicetur, communia ea esse pro portione pretii: nec tamen spectandum esse, quanti mancipia sint, sed quantum ex pretio donationis causa sit remissum. Sine dubio licet a viro vel muliere minoris emere, *si non sit animus donandi.*"

8) Indem z. B. der Ehemann eine ihm gebührende Zahlung an seine Frau machen läßt. Fr. 3 §. 12 eod. Vgl. fr. 3 §. 13, fr. 4, fr. 5 pr. §. 1, 2, C. 16, 20 eod.

9) Fr. 5 §. 8, 16 eod.

10) Fr. 7 §. 2, fr. 22 §. 14 eod. Savigny a. a. O. S. 180.

11) Fr. 31 §. 10 vgl. mit fr. 18, fr. 28 §. 2, fr. 53 §. 1 eod.

12) Fr. 15 pr. vgl. mit fr. 33 §. 1 eod.

13) Fr. 40, 41, 42, C. 22 eod.

14) Fr. 5 §. 8, 16 eod.

besondere wenn eine fremde Sache geschenkt[15]), eine Schuld vor der Verfallzeit abgezahlt[16]), ein Pfandrecht aufgegeben[17]), der Abzug der Falcidischen oder Trebellianischen Quart unterlassen[18]), oder eine Erbschaft oder ein Vermächtniß zu Gunsten des Ehegatten ausgeschlagen wird[19]).

## §. 466.

### 2) Rechtsfolgen der geschehenen Schenkung.

Die Schenkung unter Ehegatten ist gänzlich unwirksam; es kann weder von dem Beschenkten auf Erfüllung geklagt werden, noch geht auf ihn durch Tradition das Eigenthum über[1]). Das bereits Gegebene kann der Schenker jederzeit zurückfordern, und zwar das noch Vorhandene mit der Eigenthumsklage, den Werth verbrauchter Sachen mit der condictio ex injusta causa[2]). Sind mit geschenktem Gelde Sachen angekauft worden, so kann sich der Schenker, wenn sonst die Erstattung des Geschenkes (durch Insolvenz des Beschenkten) gefährdet ist, geradezu an diese halten, und sie den Gläubigern durch Vindication vorwegnehmen[3]).

Indessen verhindert doch die Ungiltigkeit der Schenkung nicht, daß der Schenknehmer zum Behufe der Interdicte[4]) Besitzer der geschenkten Sachen wird[5]), und jedenfalls erstreckt sich die Verbindlichkeit zur Zurückgabe nicht auf mehr, als der Empfänger be-

---

15) Fr. 25 eod. Vergl. fr. 44 eod.; fr. 3 pro donato (41, 6). Savigny a. a. O. S. 570, 578.

16) Fr. 31 §. 6 de don. inter vir. et ux.

17) Fr. 18 quae in fraud. cred. (42, 8).

18) Fr. 5 §. 15 de don. i. v. et u.

19) Fr. 5 §. 13, 14, fr. 31 §. 7 eod.

1) Fr. 5 §. 18, fr. 36 pr. eod.

2) Fr. 5 §. 18, fr. 36 pr. eod. Die Klage kann auch als condictio sine causa bezeichnet werden.

3) Fr. 55 vgl. mit fr. 7 §. 3, 4, fr. 50 pr. eod.

4) Nicht zum Behufe der Usucapion; fr. 26 pr. eod.; fr. 1 §. 2 pro donato (41, 6).

5) Fr. 1 §. 10 de vi (43, 16); fr. 1 §. 4 de adquir. poss. (41, 2); fr. 1 §. 2 in f. pro donato. Vergleiche Savigny, Besitz §. 7 edit. VI. S. 95.

reichert ist [6]); auch behält er Früchte und Renten, sofern sie nicht ganz ohne sein Zuthun, sondern durch Industrie oder unternommene Geschäfte bezogen wurden [7]).

Geht die geschenkte Sache zufällig zu Grunde oder wird beschädigt, so hat der Beschenkte dafür nicht zu haften [8]).

## §. 467.

### 3) Convalescenz.

Schenkungen unter Ehegatten convalesciren

1) durch eidliche Bekräftigung (s. oben §. 93) [1]);

2) mit dem Tode des Schenkers (vergl. auch §. 647 ff.), so daß hier die Giltigkeit auf die Zeit der Eingehung zurückbezogen wird [2]).

Die Convalescenz durch Tod des Schenkers tritt

a) nicht blos bei factisch vollzogenen Schenkungen, sondern auch bei Schenkungsversprechen ein [3]). Sie setzt

---

6) Fr. 5 §. 18 in f., fr. 7 §. 1, fr. 8, Const. 17 de don. inter vir. et ux. Vgl. Savigny, System Bd. IV. S. 177: „Ist entweder das Daseyn oder der Umfang der fortwährenden Bereicherung streitig, so trifft die Beweislast den Beklagten; denn die ursprüngliche Bereicherung ist stets unzweifelhaft, der Beklagte aber behauptet die Aufhebung oder Verminderung derselben durch eine spätere Thatsache, welche er daher beweisen muß." S. oben §. 439 Note 16.

7) Fr. 15 §. 1 („Si maritus uxori pecuniam donaverit, eaque usuras ex donata pecunia perceperit, lucrabitur"), fr. 16, 17 pr. eodem; fr. 45 de usuris (22, 1). Vergleiche Const. 8 de donat. inter vir. et ux. (5, 16). Sind die Früchte selbst Gegenstand der Schenkung, so findet die Zurückforderung statt.

8) Fr. 28 pr., fr. 29 pr. de donat. inter virum et uxorem; vergleiche fr. 50 §. 1 eod.

1) Cap. 28, X. de jurej. (2, 24). Hofacker, Princ. §. 473. A. M. ist Mühlenbruch, Pand. §. 515 a. E.

2) Fr. 32 pr. de don. inter vir. et ux. (24, 1); C. 25 eod. (5, 16).

3) Fr. 32 pr. §. 1, 23 de donat. inter vir. et ux.; fr. 33 pr. §. 2 eod.; C. 2 de dote cauta (5, 15). S. aber dagegen fr. 23 de don. inter vir. et ux. Ueber die verschiedenen Meinungen vergl. Savigny a. a. O. S. 183 f. und Puchta, Vorl. zu §. 425 mit Vangerow, Bd. I. §. 225 und den daselbst Angeführten.

b) voraus, daß der Beschenkte den Schenker überlebe [4]), und

c) dieser bei seinen Lebzeiten die Schenkung weder ausdrücklich noch stillschweigend widerrufen habe [5]). Der Widerruf wird vermuthet,

α) wenn die Ehe nicht erst durch den Tod des Schenkers, sondern schon früher durch Scheidung getrennt ward [6]);

β) wenn der Schenker die geschenkte Sache freiwillig veräußert hat [7]). — Uebrigens tritt

d) die Convalescenz, wenn nicht die gerichtliche Protocollirung geschehen war, oder die Schenkung durch letzten Willen ausdrücklich bestätigt ist, nur zu dem Betrage von 500 Solidi ein [8]).

## §. 468.

### 4) Ausnahmen der Ungiltigkeit.

Ausnahmsweise sind Schenkungen unter Ehegatten giltig:

1) wenn sie auf den Fall künftiger Trennung der Ehe eingegangen sind [1]);

2) donationes propter nuptias [2]);

3) kleine Gelegenheitsgeschenke [3]), endlich

4) Schenkungen zwischen dem Regenten und seiner Gemahlin [4]) und

---

4) Fr. 32 §. 14 eod. Wenn sie Beide in demselben Unfalle das Leben verloren, so wird der frühere Tod des Schenkers vermuthet.

5) Fr. 32 §. 2—5 eodem; C. 18 eodem. Zum Widerrufe bedarf es keiner Form. Savigny a. a. O. S. 183.

6) Arg. fr. 32 §. 3 eod. Hofacker l. c. §. 474.

7) C. 12 eod. Ueber die Verpfändung vergl. fr. 32 §. 5, Nov. 162 cap. 1 §. 1. Hofacker l. c. not. d.

8) C. 25 eod.

1) Fr. 9 §. 2, fr. 10, 11, 12, 43, 60, 61, 62 pr. eod.

2) Die donationes propter nuptias (siehe oben §. 462b) tragen nur den Namen, nicht die Natur einer Schenkung. Savigny am angef. Orte S. 170.

3) Fr. 15 §. 1, fr. 16, 17, fr. 21 pr., fr. 28 §. 1, 2, fr. 31 §. 8, Const. 21 eodem.

4) C. 26 eod.

5) solche, welche zur Wiederherstellung eines abgebrannten oder eingestürzten Gebäudes gemacht werden [5]).

Für remuneratorische Schenkungen (§. 367) läßt sich eine Ausnahme nicht behaupten [6]).

## §. 469.

## G. Von Ehepacten.

Ehepacten (pacta dotalia seu nuptialia) werden die Verträge genannt, welche über die aus der Ehe entspringenden Rechtsverhältnisse, insbesondere über die Rechte der Dos, vor oder während der Ehe eingegangen werden. Contrahenten können sowohl die Eheleute selbst, als auch deren Eltern [1]) und dritte Personen seyn, wenn solche über die von ihnen bestellte Dos besondere Bestimmungen treffen wollen [2]). Die persönlichen Verhältnisse der Eheleute können durch die Ehepacten nicht verändert werden [3]). Aber auch in Ansehung der Vermögensrechte ist ihre Wirksamkeit mehrfach beschränkt, indem sie nicht dazu dienen können,

1) die Unveräußerlichkeit des fundus dotalis zu beseitigen [4]),

2) die Giltigkeit von Schenkungen unter den Ehegatten festzusetzen [5]);

---

5) Fr. 14 eod.

6) Savigny a. a. O. S. 89.

1) So daß die Kinder, nicht bloß die sich verheirathenden, aus dem von den Eltern eingegangenen Vertrage Rechte erwerben. Vergl. fr. 1 §. 1, fr. 7 de pact. dot. (23, 4) mit fr. 45 soluto matrimonio (24, 3) und Const. 7 de pactis convent. super dote (5, 14). — Von Verpflichtung des Brautvaters aus den Ehepacten s. Seufferts Archiv III, Nr. 328.

2) Fr. 7, 20 §. 1 de pact. dot. Dritte Besteller der Dos sind natürlich, indem sie die Bestellung unter beliebigen Bestimmungen vornehmen, an die nachfolgend erwähnten Einschränkungen nicht gebunden. Durch Verabredungen, welche der Vater mit dem Manne trifft, darf das gesetzliche Dotalrecht der Frau nicht geschmälert oder entzogen werden.

3) C. 24, X. de jurej. (2, 24).

4) Hofacker, princ. §. 524. S. jedoch fr. 28 de pact. dot. Vgl. unten Note 6 und oben §. 455 zu Note 14 u. 15.

5) Fr. 5 §. 1 de pact. dotal.

3) des Mannes Benützungsrecht an der Dos zu schmälern [6]);

4) die Verbindlichkeit zum Ersatze nothwendiger Verwendungen [7]), oder

5) die dem Manne gesetzlich bestimmte Wohlthat der Competenz (§. 251) aufzuheben [8]).

Auf der anderen Seite darf durch die Ehepacten

6) das Recht nicht entzogen werden, nach getrennter Ehe die Dos, und zwar zur gesetzlichen Zeit [9]) zurückzufordern [10]); wiewohl ausgemacht werden kann, daß auf den Todesfall der Frau die Dos dem Manne verbleiben soll [11]). Ferner ist es

7) unzulässig, die gegenseitigen Rechte an Dos und Widerlage ungleich festzusetzen [12]), sowie

8) die Verantwortlichkeit des Mannes auf dolose Verletzungen zu beschränken [13]). Nach römischem Rechte waren

9) Bestimmungen der Ehepacten über die Erbfolge ebenso unwirksam, wie Erbverträge überhaupt [14]).

---

6) Fr. 4 eod. Vergl. hierüber Glück, Comment. XXV, S. 354. — Eine spätere Auszahlung der Dos kann bedungen werden. Fr. 11 eod. Auch können Verträge vor der Ehe insofern wirksam seyn, als es unbenommen ist, die Dos in größerem oder geringerem Umfange zu bestellen. Vergl. fr. 28 eod.

7) Fr. 5 §. 2 eod.

8) Fr. 1 §. 1 sol. matr. (24, 3).

9) Fr. 14—16 de pact. dot.

10) Fr. 2 eod. Vergl. fr. 1 §. 1 de dote praeleg. (33, 4). Constit. 3 de pact. conv.

11) Fr. 12 pr., fr. 24 de pact. dotal. Glück a. a. O. S. 359 f. Auch auf die Pfand- und Vorzugsrechte der Frau kann verzichtet werden. C. 11, 12 ad SC. Vellej. (4, 29).

12) C. 10 de pact. conv. super dote (5, 14): „Lege Leonis, pacta lucrorum dotis et ante nuptias donationis paria esse sanciente, nec adjiciente, quid fieri oporteat, si hoc minime observatum sit, nos omnia clara esse cupientes, praecipimus, disparibus eis factis, majorem lucri partem ad minorem deduci, ut eo modo uterque minorem partem lucretur."

13) Fr. 6 de pact. dotal.

14) C. 15 de pactis (2, 3); C. 5 de pactis conv. (5, 14). Nach deutschem Rechte verhält sich die Sache anders.

Zweites Hauptstück.

# Von der väterlichen Gewalt.

---

## §. 470.

### I. Begriff.

Unter väterlicher Gewalt (patria potestas) versteht man den Inbegriff derjenigen Rechte, welche dem Vater [1]) kraft der Gesetze über seine Kinder zustehen. Die in der väterlichen Gewalt enthaltenen Rechte kommen auch in Deutschland nur dem Vater, nicht der Mutter zu [2]). Wer der väterlichen Gewalt eines Anderen unterworfen ist, wird als homo alieni juris, filius oder filia familias (Hauskind, Haussohn, Haustochter) bezeichnet. Wer nicht mehr unter väterlicher Gewalt steht, heißt homo sui juris, pater oder mater familias [3]).

Ist der Sohn [4]) noch in der Gewalt des Vaters, so sind auch dessen Kinder der Gewalt des Letzteren, ihres Großvaters, unterworfen [5]).

---

1) Fr. 201 in f. de V. S.: „Et patris nomine avus quoque demonstrari intelligatur."

2) Höpfner, Comm. §. 103. Hofacker, princ. §. 561.

3) Fr. 159 §. 2 de V. S.

4) Kinder verheiratheter Töchter sind der väterlichen Gewalt ihres mütterlichen Großvaters nicht unterworfen. §. 3 Inst. de patria potestate (1, 9).

5) §. 3 Inst. cit.

§. 471.

## II. Von Entstehung der väterlichen Gewalt.

### A. Entstehung durch Geburt.

Die väterliche Gewalt entsteht
1) durch Geburt in rechtsgiltiger Ehe,
2) durch Annahme an Kindesstatt (Adoption),
3) durch Legitimation.

Die Gewalt über die in rechtsgiltiger Ehe gebornen Kinder erwirbt der Vater nur insofern, als er nicht selbst noch in der Gewalt seines Vaters steht, indem in diesem Falle die Enkel vorerst in die Gewalt des Großvaters kommen, und dann erst der Gewalt ihres Vaters unterworfen werden, wenn dieser durch den Tod des Großvaters aufgehört hat, Haussohn zu seyn [1]). — Unehelich geborne Kinder sind keiner väterlichen Gewalt unterworfen [2]).

§. 472.

### B. Entstehung durch Adoption [1]).

#### 1) Begriff und Arten.

Adoption heißt der Rechtsact, durch welchen Jemand einen Andern an Kindesstatt annimmt, und dadurch (s. jedoch §. 473 Nr. 3 u. §. 475 Nr. 2) seiner väterlichen Gewalt unterwirft. Die Adoption kann dem Adoptirten im Verhältniß zu dem Adoptivvater die Eigenschaft eines Kindes (ersten Grades), Enkels oder Urenkels u. s. w.

---

1) Vergl. Pr. Inst. qu. mod. jus. pot. solv. (1, 12) mit Pr. u. §. 3 Inst. de patr. pot. (1, 9). Vergl. fr. 4, 5 de his qui sui (1, 6). War der Vater vor dem Tode des Großvaters durch Emancipation sui juris geworden, so werden die Enkel bei Absterben des Großvaters gewaltfrei, sie fallen nicht in die Gewalt ihres Vaters. Pr. Inst. quibus modis (1, 12).

2) Schweppe, R. P.-R. §. 661.

1) C. W. Schmitt, die Lehre von der Adoption. Jena 1825.

geben, und zwar ohne daß es in Fällen der letzten Art darauf ankommt, ob der Adoptirende Kinder des ersten Grades hat oder nicht [2]).

Die Adoption ist entweder Arrogation, wenn der Adoptirte zur Zeit der Adoption homo sui juris, oder Adoption im engeren Sinne, wenn er bis dahin Hauskind eines Anderen war [3]). Adoption auf einige Zeit ist unzulässig [4]).

§. 473.

2) Persönliche Fähigkeit zur Adoption [1]).

Die Fähigkeit zu adoptiren ist

1) Denjenigen entzogen, welche unfähig sind, eine Ehe zu schließen [2]), so den Castraten [3]), nicht den Spadonen [4]). Nebstdem muß

2) der Adoptivvater wenigstens 18 Jahre älter seyn als das Adoptivkind [5]).

3) Weiber, weil sie selbst natürliche Kinder nicht in der Gewalt haben, sind auch von der Adoption ausgeschlossen. — Jedoch ist es dem Regenten vorbehalten, Müttern, welche ihre natürlichen Kinder verloren haben, zu ihrem Troste die Annahme an Kindes-

---

2) §. 5 Inst. de adopt. (1, 11); fr. 43 eod. (1, 7). Vgl. fr. 15 §. 1, fr. 37 pr. eodem. Hugo, civ. Mag. II, S. 226, 227. Eine Annahme an Bruders-Statt ist unzulässig.

3) Fr. 1 §. 1 eod. Was im Folgenden von Adoption (Adoptirten, Adoptivvater) ohne Beisatz gesagt ist, bezieht sich auf beide Arten.

4) Fr. 34 eodem: „Nec enim moribus nostris convenit, filium temporalem habere.

1) Schmitt a. a. O. §. 10—23.

2) Nam adoptio imitatur naturam. §. 4 Inst. de adopt. (1, 11); fr. 16 eod. (1, 7). Vergl. aber fr. 2 §. 1, fr. 40 §. 2 eod. Vangerow, Bd. I. §. 249 Anm. 1.

3) §. 9 Inst. eod. Hofacker, Principia §. 600.

4) §. 9 Inst. cit., fr. 2 §. 1, fr. 40 §. 2 eod.

5) §. 4 Inst. eod. Vergl. fr. 40 §. 1 eod. Savigny, System Bd. III. S. 75. Unrichtig ist die Behauptung, daß man, um Jemand als Enkel anzunehmen, 36 Jahre älter seyn müsse. Vangerow a. a. O.

statt, ohne daß dadurch ein Erwerb der väterlichen Gewalt stattfindet, vermöge Privilegiums zu bewilligen [6]).

4) Auch Männern, welche noch nicht 60 Jahre alt und hiernach noch zur Zeugung von Kindern fähig sind, soll die Adoption nur dann gestattet werden, wenn sich bei Untersuchung der Verhältnisse besondere Motive ergeben; z. B. wenn der Nachsuchende kränklich, oder der Adoptirende durch Verwandtschaft oder geleistete Dienste Jenem sehr nahe steht [7]).

5) Wer bereits natürliche Kinder hat, soll die Erlaubniß zur Adoption nur bei sehr dringenden Gründen erhalten; etwa im Falle schlechten Betragens der natürlichen Kinder, oder zur Vergeltung guter Dienste [8]). Ebenso ist

6) mehrere zu arrogiren, nur unter Voraussetzung besonderer Motive (der Humanität oder des Bedürfnisses) statthaft [9]).

7) Wollen Vormünder ihre bisherigen (noch minderjährigen) Pfleglinge arrogiren, so ist dies nur nach vorgängiger Untersuchung und nicht eher zu gestatten, bis sie ihrer Verbindlichkeit zur Rechnungsablage vollkommen genügt haben [9a]).

8) Eine obrigkeitliche Prüfung, um das Interesse des zu Adoptirenden zu wahren, wird gleichfalls erfordert, wenn ein Wohlhabender (durch Arrogation) Adoptivkind eines Unbemittelten werden soll [10]).

Die Fähigkeit, adoptirt zu werden, unterliegt Beschränkungen weder in Ansehung des Geschlechtes [11]), noch des Alters [12]). Nur

---

6) §. 10 Inst. eodem; C. 5 eodem (8, 48).

7) Fr. 15 §. 2, fr. 17 §. 2, 3 eod. Hugo, civ. Mag. VI, S. 217–225. Vgl. indessen Vangerow a. a. O. Anm. 1 a. E. Nach den angeführten Stellen erscheint es als zweifelhaft, ob nicht diese und die folgende Bestimmung (Nr. 6) auf Arrogationsfälle zu beschränken seyen. Gegen die Beschränkung spricht, daß es sich hier nicht von besonderen, auf das Interesse des Adoptivkindes gerichteten Motiven handelt, deren Beachtung dem natürlichen Vater (wie bei Nr. 8) anheimgestellt werden könnte.

8) Fr. 17 §. 3 eod.

9) Fr. 15 §. 3 eod.

9a) Fr. 17 pr. eod. Vgl. fr. 17 §. 1, fr. 32 §. 1 eod.

10) Fr. 17 §. 4 eod.

11) Fr. 21 eod.

12) Fr. 37 §. 1 eod. Ueber das ältere Recht vgl. Gaji Inst. I, §. 101, 102.

kann ein Adoptivkind, nachdem es emancipirt war, nicht vom Neuem adoptirt werden [13]; auch darf der Adoptirte nicht ein uneheliches Kind des Adoptirten seyn; ein solches in die väterliche Gewalt zu bringen, dient die Legitimation [14].

## §. 474.

### 3) Willensact und Form der Adoption.

Die Adoption erfordert vor Allem die Zustimmung sämmtlicher Interessenten [1], nämlich des Adoptivvaters, des Adoptivkindes [2]) und bei der Adoption im engerern Sinne auch des natürlichen Vaters [3]. Soll der zu Adoptirende die Eigenschaft eines von dem vorhandenen leiblichen Sohne abstammenden Enkels erhalten, so muß der Sohn einwilligen [4].

Die Arrogation erfordert die Genehmigung des Regenten [5], die Adoption im engeren Sinne muß vor der ordentlichen Obrigkeit erklärt und von dieser beurkundet werden [6]. In allen Fällen muß eine obrigkeitliche Untersuchung über das Daseyn der Erfordernisse vorhergehen; in manchen (vergl. den vorigen §.) eine besondere Prüfung der Verhältnisse im Interesse des zu Adoptirenden [7]. Besondere Vorschriften sind in dieser Hinsicht für die Arrogation

---

13) Fr. 37 §. 1 eod.

14) C. 7 de natural. lib. (5, 27); Nov. 89 cap. 7.

1) Schmitt a. a. O. §. 24–26.

2) Bei der Adoption eines homo alieni juris genügt es, wenn das Adoptivkind der von seinem natürlichen Vater erklärten Einwilligung nicht widerspricht. Fr. 5 eod. Vergl. C. 10 pr., C. 11 eod. Savigny a. a. O. (§. 132) S. 249 f. Note c: „Darum ist die Adoption eines Kindes (infans) möglich, welches zwar nicht widerspricht, aber auch unfähig ist zum Wollen, wie zum Widersprechen . . .“

3) Fr. 5 eod. Vgl. C. fin. eod.

4) §. 5, 6, 7 Inst. eod.

5) §. 1 Inst. eodem; fr. 2 §. 2, Const. 2, 6 eodem. Schmitt a. a. O. §. 29.

6) C. ult. eod. Vgl. fr. 2 eod.

7) Bei der Adoption im engeren Sinne ist anzunehmen, daß der natürliche Vater das Beste seines Kindes wahre; daher spricht Nr. 8 des vorigen §en nur von Arrogationsfällen.

der Unmündigen gegeben. Sie ist nur nach sorgfältiger Prüfung, ob sie dem Kinde zum wahren Vortheil gereiche, und erst nach Vernehmung der Verwandten und Vormünder zu bewilligen[8]). Nebstdem muß der Arrogirende Bürgschaft stellen, daß er das Vermögen des Arrogirten, wenn derselbe in der Unmündigkeit sterben sollte, Denjenigen verabfolgen werde, die, abgesehen von der Arrogation, dessen Erben wären[9]).

## §. 475.

### 4) Wirkungen der Adoption.

In Ansehung der Wirkungen ergibt sich ein wesentlicher Unterschied[1]) zwischen Arrogation und Adoption im engeren Sinne.

1) Die erstere bewirkt, daß der Arrogirte, und zwar, wenn er Hauskinder hat, diese mit ihm, der väterlichen Gewalt des Arrogirenden unterworfen werden[2]). Was der Arrogirte an eigenem Vermögen hatte, verbleibt demselben als Sondergut (peculium adventitium), so daß jedoch der Arrogator (abgesehen von castrensischem oder quasicastrensischem Erwerb[2a])) die Nutznießung derselben überkommt[3]). Ist ein Unmündiger arrogirt worden, so haftet der Vater nicht nur für die Erfüllung seines verbürgten Versprechens (s. §. 474 a. E.), sondern ist auch verbunden, das von dem Arrogirten eingebrachte Vermögen demselben, wenn er ihn emancipirt, sofort herauszugeben, und ihm außerdem, wenn er ihn enterben oder ohne ausreichendes Motiv emancipiren sollte, den vierten Theil seines eigenen Vermögens (quarta divi Pii) auf den Todesfall zu hinterlassen, so daß die Erben des Vaters den

---

8) Fr. 17 §. 1, C. 2 eod. Vgl. C. ult. de auct. praest. (5, 59). Dies gilt auch von der Arrogation eines mündigen Minderjährigen.

9) §. 3 Inst. de adopt. Schmitt a. a. O. §. 30.

1) Dieser Unterschied, dem älteren Rechte unbekannt, ist erst von Justinian begründet. C. 10 eod. v. Löhr im Magazin III, Nr. 11 S. 386 ff. Schmitt a. a. O. §. 48 ff.

2) Fr. 2 §. 2, fr. 15 pr., fr. 40 pr. eod.

2a) Fr. 4 §. 2 de pecul. castr. (49, 17).

3) Das ältere und neuere Recht findet sich in Tit. Inst. de adquisitione per arrogationem (3, 10). S. auch C. 10 pr. de adopt. Vergl. Schmitt a. a. O. §. 65, 66.

Betrag dieses Vermögentheiles, wie eine Schuld entrichten müssen[4]).

Auch hat im Falle einer zu seinem Nachtheil vorgenommenen Veräußerung der Unmündige gegen die Empfänger auf Herausgabe oder Ergänzung seiner Quart, soweit sie noch etwas davon haben, die actio quasi faviana, wenn der Arrogator mit einem Testament, die actio quasi calvisiana, wenn er ohne Testament verstorben ist[4a]).

2) Die Adoption im engeren Sinne verschafft dem Adoptirenden die väterliche Gewalt über den Adoptirten nur in den Fällen, wenn Jener schon natürlicher Ascendent des Letzteren ist, oder wenn ein der Gewalt eines Adoptivvaters Unterworfener nun von einem Anderen, oder ein bei Lebzeiten seines Vaters in der Gewalt des Großvaters Stehender adoptirt wird (sog. adoptio plena). In anderen Fällen verbleibt der Adoptirte in der Gewalt seines leiblichen Vaters oder Großvaters, und die Adoption bewirkt nur so viel, daß der Adoptirte seinem Adoptivvater, wenn dieser ohne Testament verstirbt, als Intestaterbe succedirt (s. g. adoptio minus plena)[5]).

Eine gemeinsame Wirkung der Arrogation und vollkommenen Adoption (adoptio plena) ist es, daß der Adoptirte den höheren Stand des Adoptirenden erhält[6]), und im Verhältnisse eines Kindes als Agnat in dessen Familie eintritt[7]).

Die einer Frau vom Regenten bewilligte Adoption hat nur

---

4) §. 3 Inst., C. 2, fr. 22 pr. eodem; fr. 8 §. 15 de inoff. testam. (5, 2); Vgl. fr. 1 §. 21 de coll. (37, 6). S. Vangerow, §. 252.

4a) Fr. 2 §. 1 fam. erc. (10, 2); fr. 8 §. 15 de inoffic. testam. (5,2); fr 1 §. 21 de collat. (37, 6).

5) §. 2 Inst., C. 10 de adopt. (8, 48). v. Löhr a. a. O. Vangerow, §. 250, welcher in Bezug auf den dritten der gedachten Fälle der adoptio plena zufolge C. 10 §. 4 cit. bemerkt: „Sollte der in der Mitte stehende parens bei Lebzeiten des Großvaters wegfallen . . ., so verwandelt sich die adoptio in eine minus plena."

6) Fr. 35 de adopt. Hugo a. a. O. S 227—229.

7) Fr. 23 eodem. Von deütschrechtlichen Familienverhältnissen der Agnaten handelt es sich hier nicht.

die Folge, daß der Adoptirte gerade sowie ein natürliches Kind Notherbe der Adoptivmutter wird [8]).

### §. 476.

### 5) Unterschied der Adoption von der Annahme eines Pflegekindes (alumnus).

Mit der Annahme an Kindesstatt ist die Annahme zum Pflegekind nicht zu verwechseln. Pfleg-Eltern nehmen das Kind zu sich, um es zu ernähren und zu erziehen, ohne mit demselben in ein rechtliches Familienverhältniß zu treten. Von Erwerbung der väterlichen Gewalt auf der einen, der Kindesrechte auf der anderen Seite ist hier keine Sprache [1]), und hat der Pflegevater sich nicht vertragsmäßig gebunden, so kann er nach Belieben zu jeder Zeit die gewährte Unterstützung einstellen, und so das Verhältniß auflösen [2]).

### §. 477.

## C. Von der Entstehung durch Legitimation.

### 1) Begriff und Arten.

Legitimation ist der Rechtsact, durch welchen uneheliche Kinder in das Verhältniß der ehelichen treten. Die Legitimation geschieht entweder dadurch, daß sich Vater und Mutter der unehelichen Kinder heirathen (legitimatio per subsequens matrimonium), oder durch Ertheilung eines Privilegiums von Seite des Regenten (legitimatio per rescriptum).

---

8) C. 5 de adopt. vergl. mit §. 10 Inst. und fr. 29 §. 3 de inoff. testam. (5, 2). Schmitt a. a. O. §. 69—72. Puchta, Pandekten §. 444: „Dieses Verhältniß kann nur, wie es entstanden ist, — durch Rescript — wieder aufgehoben werden."

1) Vgl. C. 3 de inf. exp. (8, 52); Cap. un. X. eod. (5, 11); fr. 3 §. 4 de hom. lib. exhib. (43, 29).

2) Schweppe, R. P.-R. §. 667. Vgl. fr. 132 pr. de V. O. (45, 1).

## §. 478.

### 2) Erfordernisse.

Zur Legitimation sind heutzutage uneheliche Kinder jeder Art fähig [1]), selbst die im Ehebruch oder Blutschande erzeugten [2]). — Soll durch die Legitimation das Kind der väterlichen Gewalt unterworfen werden, so ist dessen Einwilligung erforderlich [3]). Geschieht die Legitimation durch nachfolgende Ehe, so sind weitere Formen nicht zu beachten [4]). Durch Rescript des Regenten erfolgt sie auf Ansuchen des Vaters. In der Regel soll diesem nicht willfahrt werden, wenn die Legitimation durch Ehe noch möglich ist, oder bereits eheliche Kinder vorhanden sind [5]). Aber der Regent ist an diese Beschränkung nicht gebunden.

Hat der Vater in seinem Testamente erklärt, daß er die Legitimation seiner unehelichen Kinder wünsche und sie zugleich zu Erben eingesetzt, so kann das Rescript auch auf Ansuchen der Kinder oder ihrer Mutter ertheilt werden [6]).

## §. 479.

### 3) Wirkungen.

Die Wirkung der Legitimation besteht darin, daß die unehelichen Kinder dadurch in das Verhältniß kommen, als seyen sie

---

1) Cap. 1, X. qui filii sint legit. (4, 17). Bei den Römern konnten nur Concubinenkinder, liberi naturales, legitimirt werden. C. 5 de nat. lib. (5, 27).

2) Cap. 6 eod. Vgl. J. H. Boehmer, J. E. P. Lib. IV. Tit. 17. Pufendorf, Obs. Tom. I. obs. 163. Vangerow, §. 255 Anm. 2. Seufferts Archiv I, Nr. 352; III, Nr. 65.

3) Nov. 89 cap. 11. Vgl. fr. 11 de his, qui sui juris (1, 6). Bei minderjährigen Kindern muß der Vormund gehört werden, und die Obervormundschaft einwilligen.

4) Nach röm. Rechte mußten instrumenta dotalia seu nuptialia errichtet werden. §. fin. Inst. de nupt. (1, 10); C. 11 de nat. lib. (5, 27).

5) Nov. 74 cap. 1, 2; Nov. 89 cap. 9.

6) Nov. 74 cap. 2 §. 1; Nov. 89 cap. 10. Vergl. hierüber Vangerow, §. 256 Anm. 2. — Von einer angeblichen Legitimation per nuncupationem filii vgl. Sintenis, Civilrecht III, §. 138 Note 45.

in rechtsgiltiger Ehe geboren [1]). Fehlt es an der (ausdrücklichen oder factischen) Zustimmung des zu Legitimirenden, so wird nicht väterliche Gewalt, nur sonstige Gleichstellung mit der ehelichen Geburt bewirkt [2]). Durch die Legitimation des unehelichen Kindes erhalten auch die von demselben erzeugten Enkel im Verhältniß zu ihrem Großvater die Eigenschaft der Legitimität und selbst nach dem Tode des Ersteren kann die Legitimation noch zu Gunsten der Letzteren geschehen [3]).

Nach deutschem Recht gibt es noch eine sog. unvollkommene Legitimation (legitimatio minus plena). Diese ist bloß dazu bestimmt, den Flecken der Geburt aufzuheben, ohne Familienrechte zu begründen. Sie findet durch Rescript des Regenten auf einseitiges Ansuchen des Kindes statt [4]).

§. 480.

## III. Von Erlöschung der väterlichen Gewalt.

### 1) Im Allgemeinen.

Die väterliche Gewalt erlischt

1) durch den natürlichen Tod des Vaters oder des Kindes. Durch den Tod des Großvaters werden die Enkel nur insofern frei von der Gewalt, als sie nun nicht in die ihres (etwa früher verstorbenen Vaters) kommen [1]). Außerdem hört

2) dieselbe auf, wenn der Sohn die Würde eines Bischofs erhält [2]);

---

1) Diese Wirkung tritt ohne Beschränkung auch dann ein, wenn bereits eheliche Kinder vorhanden sind. C. 11 de nat. lib., Nov. 12 cap. 4. Vergleiche Hofacker, Princ. §. 597 not. e. Vgl. Nov. 89 cap. 9 §. 1.

2) Nov. 74 cap. 2 pr., Nov. 89 cap. 8, cap. 9 §. 1 vgl. mit Cap. 6, X. qui filii sint legit. (4, 17). Im Falle des Eintrittes der väterlichen Gewalt wird das Vermögen des Legitimirten peculium adventitium. Vergleiche Puchta, Vorles. zu §. 440. S. unten §. 488.

3) Schweppe, R. P.-R. §. 663.

4) Vgl. Mittermaier, deutsches Privatrecht. Ausg. VII. §. 367.

1) Pr. Inst. qu. mod. jus patr. pot. solv. (1, 12).

2) Nov. 81 cap. 3. Gleich wirksam war die römische Würde des Patriciates, sowie überhaupt jede, die von dem Amte eines Decurionen befreite. §. 4

3) zur Strafe, wenn der Vater das Kind aussetzt [3]), oder die Tochter preisgibt [4]). — Sie geht

4) durch lange Nichtausübung verloren [5]), wird

5) bei der sog. vollen Adoption übertragen, und

6) durch den Rechtsact der Emancipation aufgehoben [6]).

§. 481.

2) Insbesondere von der Emancipation.

Emancipation ist der Rechtsact, durch welchen der Vater ein Hauskind aus der väterlichen Gewalt entläßt [1]). Die Emancipation hängt der Regel nach vom Belieben des Vaters ab [2]); ausnahmsweise kann er dazu gezwungen werden,

1) wenn er die Kinder mißhandelt [3]),

2) wenn er unter der Verpflichtung, sie zu emancipiren, Geld oder Geldeswerth angenommen [4]),

---

Inst. eod. Nov. 81 cap. 1 §. 1. — Die Anstellung eines Haussohnes im Staatsdienste hebt an sich die väterliche Gewalt keineswegs auf, sondern nur, wenn Anstellung eigenen Haushaltes damit verbunden ist (vergleiche Note 6). Seufferts Archiv II, Nr. 308.

3) C. 2 de inf. expos. (8, 52).

4) C. 12 de episcop. aud. (1, 4).

5) C. 1 de patria pot. (8, 47). Vgl. fr. 25 pr. de adopt. (1, 7). — Thibaut über Besitz und Verjährung §. 61. Glück, Comment. Bd. 2 §. 156 Nr. 5. Vgl. Mühlenbruch, Pand. §. 559.

6) Dem deutschen Rechte eigenthümlich ist die Erlöschung durch Anstellung eines gesonderten Haushaltes (bei Töchtern in Folge ihrer Verheirathung). Vergl. hierüber Seufferts Archiv III, Nr. 269, 270 Die römische Emancipation kommt heutzutage nur höchst selten vor. Vgl. Mittermaier, Privatr. Ausg. VII. §. 372, 373. Daß sie völlig unpraktisch sey, läßt sich nicht behaupten. Seufferts Archiv III, Nr. 268.

1) C. 5 de emanc. lib. (8, 49). Nov. 89 cap. 11.

2) §. 9 Inst. qu. mod. pot. solv. (1, 12). Von der deutschrechtlichen s. g. Quasi-Emancipation durch Anstellung eines besonderen Haushaltes (§. 480 Note 6) gilt dies bei volljährigen Söhnen nicht. Eichhorn, Einl. i. d. deutsch. Pr.-R. §. 316. S. auch oben §. 445 Note 1.

3) Fr. ult. siquis a parente manum. (37, 12).

4) Fr. 92 de cond. et dem. (35, 1).

3) wenn der in der Unmündigkeit Adoptirte nach erreichter Mündigkeit zeigt, daß die Entlassung aus der Gewalt seinem Interesse entspreche [5]).

Ausdrückliche Zustimmung des Kindes ist nicht erforderlich, vielmehr hinreichend, daß es nicht widerspreche. Auch hierauf kommt es nicht an, wenn das Kind durch Adoption in die väterliche Gewalt gekommen war [6]). Die Form der Emancipation besteht in der Erklärung der beiderseitigen Einwilligung vor der ordentlichen Obrigkeit (emancipatio Justinianea) [7]), oder, was besonders zur Emancipation abwesender Kinder dienen soll, in Auswirkung eines landesherrlichen Rescriptes (emancipatio Anastasiana) [8]).

## §. 482.

### 3) Wirkungen der Erlöschung der väterlichen Gewalt.

Die Erlöschung der väterlichen Gewalt bewirkt das Aufhören der in ihr begründeten Rechtsverhältnisse (s. unten §. 483 ff.), insbesondere der Beschränkungen, welchen das Hauskind sowohl in Ansehung der Person als des Vermögens unterworfen ist. Auf diejenigen Rechte, welche in der Verwandtschaft überhaupt fußen, wie das Intestaterbrecht, hat die Aufhebung der väterlichen Gewalt, sie mag erfolgen wie sie will [1]), nach den praktischen Normen keinen Einfluß [2]). Nur ist der Emancipirte nicht mehr *suus* heres [3]) (§. 515 b), und in Ansehung des Adoptivkindes

---

5) Fr. 32 pr., fr. 33 de adopt. (1, 7).

6) Vgl. die Allegate der Note 1 mit §. 3 Inst. de adopt. (1, 11); fr. 132 pr. de V. O. (45, 1). C. 10 pr. de adopt. (8, 48).

7) C. ult. de emanc. (8, 49). Vergl. §. 6 qu. m. p. s.

8) C. penult. de emanc. (8, 49).

1) Nach röm. Rechte bewirkte die Emancipation eine capitis deminutio minima, dadurch den Verlust der Agnation und folgeweise (wenigstens nach älterem Rechte) auch des Erbrechtes.

2) Vergleiche fr. 3 §. 10 de grad. et affin. (38, 10); fr. 1 §. 4 unde cogn. (38, 8). Ebenfalls bloß in der Verwandtschaft fußt die Alimentationspflicht. Vergl. fr. 5 §. 1 de agn. et alend. lib. (25, 3). Hofacker, Princ. §. 622.

3) §. 9 Inst. de her. quae ab intest. (3, 1). Dies gilt auch von Denjenigen,

werden durch die Emancipation alle Verwandtschaftsbande wieder gelöst [4]). Vgl. jedoch §. 443 Note 5.

§. 483.

## IV. Von den Rechten der väterlichen Gewalt.

### A. Von der s. g. Einheit der durch väterliche Gewalt verbundenen Personen.

In einigen Stellen des römischen Rechtes wird das Verhältniß zwischen Vater und Hauskind als Einheit der Personen bezeichnet [1]). Folgende Rechtssätze pflegt man als Ausfluß jener Auffassung anzusehen:

1) Der Regel nach gehört Alles, was ein Hauskind erwirbt, dem Vater [2]), welche Regel aber durch die neueren Gesetze entkräftet wurde [3]).

2) Veräußerungen, Obligationen und Processe können zwischen Vater und Hauskinder nicht vorkommen [4]). Auch diesem Satze kann die Eigenschaft einer gemeinrechtlichen Regel heutzutage nicht mehr zugestanden werden [5]); insbesondere auch Schenkungen

---

die durch Absonderung des Haushaltes aus der väterlichen Gewalt treten. Pufendorf, Obs. III, 1. A. M. ist J. H. Boehmer, Exerc. ad P. T. I. in Diss.: De statu liberorum sui juris factorum per separ. et nuptias. Vgl. G. L. Boehmer, Praefat. ad Tom. I. exerc.

4) Fr. 13, 14 de adopt. (1, 7); §. 11, 12 Inst. de her. ab int. (3, 1).

1) §. 4 Inst. in fine de inutil. stipul. (3, 20); C. ult. in fine de impub. et aliis substit. (6, 26).

2) Gaji Instit. II, §. 87.

3) Vgl. Pr. Inst. per quas personas (3, 29). S. unten §. 485 ff.

4) Vgl. fr. 4, 11 de jud. (5, 1); fr. 2 pr. de contrah. emt. (18, 1); fr. 7 de obl. et act. (44, 7); fr. 7 §. 3 de injur. (47, 10); §. 6 Inst. de inut. stipul. Puchta, Cursus der Instit. Bd. II. §. 219 Note 1. Ueber die Ausdehnung dieses Grundsatzes auf den Rechtsverkehr unter mehreren Hauskindern desselben Vaters — vgl. fr. 38 de cond. indeb. (12, 6).

5) Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes Bd. 2 §. 109 S. 633 f. Dollmann in den Bl. f. R.-A. Bd. 14 S. 129. — S. unten §. 490 a. E.; §. 492 a. E.

des Vaters an das Hauskind [5a]) nach dem geltenden Rechte der Wirksamkeit nicht ermangeln [6]).

3) Aus Beleidigungen des Hauskindes erwächst für den Vater die Injurienklage [6a]).

4) Die mit dem Testirer oder dem Erben durch väterliche Gewalt verbundenen Personen können nicht Testamentszeugen seyn [7]).

5) Das Hauskind (suus heres) erwirbt die väterliche Erbschaft ohne Antretung (ipso jure) [8]).

Zu doctrinellen Folgerungen ist die Idee der unitas personarum nicht geeignet [9]).

---

5a) Ueber die Unwirksamkeit der oben bezeichneten Schenkungen nach römischem Rechte — siehe fr. 56 §. 1 de fidejuss. (46, 1); fr. 1 §. 1 pro donat. (41, 6); C. 11, 17 de donat. (8, 54). Convalescenz trat ein, wenn der Vater das beschenkte Kind emancipirte, ohne die Schenkung zurückzunehmen, oder starb, ohne sie widerrufen zu haben. Fr. 31 §. 2 de don. (39, 5); C. 25 de donat. inter vir. et ux. (5, 16). — Vgl. v. d. Pfordten, Abh. a. d. P.-R. Nr. II. §. 8.

6) Sind die Grundsätze Nr. 1 und 2 unpraktisch geworden, so muß man auch das aufgeben, was nur als Folgerung aus denselben Geltung gefunden hatte. Der römisch-rechtliche Satz von der Unwirksamkeit der Schenkungen des Vaters an die Hauskinder beruhte keineswegs auf Erwägungen aus der besonderen Natur dieser Art von Rechtsgeschäften. Läßt man heutzutage z. B. Kauf und Verkauf zwischen Vater und Hauskind gegen die Bestimmung des angef. fr. 2 pr. de cont. emt. als wirksam gelten, so ist nicht einzusehen, warum für Schenkungen etwas Anderes Rechtens seyn soll. Kraut und Dollmann a. a. O. Kreittmayr, Anmerk. z. bayer. L.-R. Th. I. Cap. 5 §. 2 Note 4; Th. III. Cap. 8 §. 9 lit. e. Glück, Comment. Bd. 14 S. 366. Indessen werden die römisch-rechtlichen Sätze von den meisten Schriftstellern noch als praktische vorgetragen, und in gleichem Sinne erkannte in neuerer Zeit ein O.-A.-G. Seufferts Archiv II, Nr. 305.

6a) Fr. 1 §. 3 de injur. (47, 10). S. oben §. 410 Nr. 1.

7) §. 9, 10 Inst. de testam. ord. (2, 10).

8) §. 3 Inst. de hered. quae ab intestat. (3, 1); fr. 11 de liber. et postum. (28, 2). S. unten §. 565.

9) Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 432.

### §. 484.

### B. Von den Rechten des Vaters auf die Person der Kinder.

Außer den beiden Eltern zustehenden Rechten (s. oben §. 449) steht dem Vater kraft der väterlichen Gewalt die Befugniß zu:

1) zur Verehelichung der Kinder den Consens zu ertheilen [1];

2) denselben in seinem Testament einen Vormund zu bestellen [2], und

3) einen Erben seines unmündigen Kindes zu ernennen [3];

4) bei Verletzungen des Hauskindes wegen der dadurch entzogenen oder geschmälerten Hausdienste auf Entschädigung zu klagen [4];

5) die Herausgabe der Kinder von Jedem, der sie ihm vorenthält, mit dem interdictum de liberis exhibendis et ducendis zu verlangen [5].

### §. 485.

### C. Vom Rechte der Peculien.

#### 1) Im Allgemeinen [1].

Nach älterem Rechte konnte das Hauskind kein eigenes Vermögen besitzen, vielmehr gehörte, was es erwarb, dem Vater.

---

1) S. oben §. 445.

2) S. unten die Lehre von der tutela testamentaria (§. 496).

3) S. unten die Lehre von der substitutio pupillaris (§. 543).

4) Fr. 5 in f., fr. 6, 7 pr. ad leg. Aquil. (9, 2).

5) Tit. Dig. de lib. exhib. item duc. (43, 30). Vgl. auch fr. 1 §. 2 de rei vind. (6, 1): „Petuntur aut praejudiciis (s. oben §. 440), aut interdictis, aut cognitione praetoria . . .“ Das Interdict steht auch, um das Erziehungsrecht auszuüben, der Mutter zu. Fr. 1 §. 3, fr. 5 §. 5 de lib. exhib., C. 2 eod. (8, 8). Jedoch geht das Recht des Vaters, sofern er es nicht mißbrauchte, vor. Fr. 1 §. 3, fr. 3 §. 5 cit.

6) Gaji Inst. II, §. 90. Savigny, Besitz 6. Ausg. §. 9 S. 133, §. 26 S. 358 f. Vgl. indessen §. 415 Note 6.

1) Mühlenbruch, Pand. §. 564. Puchta, Vorl. zu §. 433. Wenn in

Hatte der Vater selbst ihm Geld oder Gut überlassen, so war das Hauskind nur der Verwalter, und der Vater konnte das Gegebene beliebig wieder zurückziehen. Indessen entstand schon hierdurch der Begriff des Peculiums, d. h. des Sondergutes, welches ein Hauskind abgesondert von dem väterlichen Vermögen besitzt. Aber hierbei blieb es nicht. Durch neuere Gesetze wurde den Hauskindern das Recht zugestanden, gewisse Erwerbe für sich zu machen, und endlich kam es dahin, daß dieses Recht (abgesehen von den aus den väterlichen Vermögen fließenden) für Erwerbe jeder Art galt. Nach dem praktischen Rechte steht in dieser Kategorie auch das vom Vater Erworbene, Geschenke nicht ausgenommen (§. 483 Nr. 2). Das peculium profectitium (jene ersterwähnte Art — §. 486) ist dem heutigen Rechtsbewußtseyn fremd [1]). Vermögenstheile, welche der Vater dem Hauskinde nur zur Verwaltung und Geschäftsführung überlassen hat, sind heutzutage nicht als Sondergut (peculium) aufzufassen, sondern dieses hat in Bezug auf solche eben nur die Eigenschaft eines Verwalters, eines Mandatars, etwa nach Maßgabe der im einzelnen Falle ertheilten Instruction. Für das eigene Vermögen des Hauskindes gilt als Regel, daß dem Vater Nießbrauch und Verwaltung daran zusteht (§. 488), und daß dem Hauskinde die Befugniß ermangelt, darüber von Todeswegen zu verfügen (§. 522). Indessen gibt es Fälle, in welchen das erstere dieser Merkmale (§. 489), andere, in welchen sie beide dergestalt wegfallen, daß hier das Sondergut alle Eigenschaften des Patrimonium, des Vermögens eines homo sui juris hat (§. 487).

---

den Quellen von peculium ohne Beisatz gesprochen wird, so ist das profectitium (§. 486) gemeint.

1) Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes Bd. 2 S. 640; Dollmann in den Bl. f. R.=A. Bd. 14 S. 135, III. — In das bayer. Landrecht v. 1756 wurde zwar das röm. Institut des pecul. prof. aufgenommen. Aber in den Anmerk. zu Th. I. Cap. 5 §. 3 bezweifelt Kreittmayr das Vorkommen im Rechtsleben, und meint von der actio de peculio, sie komme nicht leicht mehr aufs Tapet, ita ut hodie plus difficultatis quam utilitatis habere videatur. — In keinem anderen der neueren Gesetzbücher findet sich eine Spur davon; von Entscheidungen über Rechtsfälle dieser Kategorie ist mir, abgesehen von Anerkennung der Widerruflichkeit eines dem Hauskinde vom Vater gemachten Geschenkes, nichts bekannt.

## §. 486.

### 2) Insbesondere.

#### a) Vom peculium profectitium.

Diese römisch-rechtliche Art des Sondergutes [1]) kommt, wie bereits (§. 485) bemerkt wurde, im heutigen Rechtsleben nicht mehr vor. Wenn heutzutage ein Vater seinem Sohne einen eigenen abgesonderten Haushalt einrichtet, ihn als Landwirth, Kaufmann, Handwerker und dergl. etablirt, und demselben zur eigenen und besonderen Wirthschaftsführung gewisse Güter abtritt, so wird hierdurch eine Absonderung des Haushaltes und demgemäß der Austritt aus der väterlichen Gewalt bewirkt, wornach es sich von selbst versteht, daß die unter solchen Umständen übergebenen Güter die Eigenschaft eines peculium nicht haben; vielmehr wird hier der Sohn (sofern nichts Anderes ausgemacht ist) durch die Uebergabe Eigenthümer, und der Vater kann das Gegebene nicht mehr zurückziehen [2]).

Für diejenigen Gegenstände, welche der Vater bei noch fortdauernder Gewalt einem Kinde schenkungsweise zugewendet hat, gilt heutzutage das Rechtsverhältniß der Adventitien, nach Verschiedenheit der bei der Zuwendung bethätigten Intention, entweder der regelmäßigen oder der unregelmäßigen [3]).

Was ein Hauskind, als Genosse des väterlichen Haushaltes, von der Hauseinrichtung zu seinem besonderen Gebrauche hat, ist darum nicht als ein vom väterlichen Vermögen gesondertes Gut zu betrachten.

---

1) Vgl. Puchta, Pand. u. Vorl. §. 434.

2) Hagemann, prakt. Erört. Bd. 7 Nr. 29. Vgl. oben §. 480 Note 6. Gerade darin, daß bei den Römern die Begründung einer eigenen Haushaltung und Wirthschaft des Sohnes die Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht bewirkte, wurzelte das Wesen des pec. profectitium in seiner speciellen praktischen Ausbildung.

3) Kraut, die Vormundschaft Bd. 2 S. 640. Die Ansicht, daß Schenkungen des Vaters an das Hauskind, sofern sie wirksam sind, in die Kategorie der Adventitien fallen, findet sich schon bei Lauterbach, colleg. theor.-prakt. XXXIX, Tit. V. §. 25.

## §. 487.

### b) Vom peculium castrense und quasi castrense [1]).

Zu dem peculium castrense gehört

1) beweglich Gut und Geld, welches Soldaten [2]) in Bezug auf diese Eigenschaft von ihren Eltern, Verwandten oder Freunden geschenkt wird [3]), und

2) was sie durch Kriegsdienst, z. B. Sold, Beute, oder doch aus Veranlassung des Soldatenstandes erwerben, z. B. die Erbschaft eines Kameraden [4]); nebstdem

3) was aus den Mitteln des peculium castrense angeschafft wird [5]), oder

4) als Accession hinzukommt [6]), endlich auch

5) was ein Soldat vermöge Testamentes von seiner Frau erbt [7]).

In Ansehung des peculium castrense gilt der Haussohn als Hausvater [8]). Er kann über dieses Sondergut auch von Todes wegen verfügen [9]).

Dieses Rechtsverhältniß dauert an dem hierzu gehörigen Vermögen auch nach der Entlassung aus dem Soldatenstande fort [10]).

Ganz gleich ist das Verhältniß des peculium quasi castrense. Zu diesem gehört:

---

1) De Retes, Opusc. lib. V. de castrensi peculio (Meermann, Thes. VI, p. 240 sequ.). Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd. 8 S. 106 f. Vangerow, §. 234.

2) Der Rekrut wird dem wirklichen Soldaten gleichgesetzt. C. 1 de castrensi pec. (12, 37). Vgl. fr. 11 eod. (49, 17).

3) C. 1 cit. Vgl. fr. 3, 5, 6, 8, 11, 16 §. 1, fr. 19, C. 4 eod.

4) C. 1 cit., C. 4 eod.

5) Auch Immobilien, die auf diesem Wege erworben sind. Constitutio 1 cit. in fine.

6) Mühlenbruch, Pand. §. 565.

7) Fr. 13, 16 pr. §. 1 eod.

8) Fr. 2 ad SC. Maced. (14, 6). Vgl. fr. 4 §. 1, 2, fr. 5, 15 §. 3, fr. 18 §. 4, 5, C. 2, 3 in f. de castr. pec.

9) Pr. Inst. quib. non permitt. fac. test. (2, 12).

10) Pr. Inst. cit.

1) was der Haussohn durch ein Staatsamt [11]) oder auch durch Advocatur [12]) erwirbt; nicht aber, was ihm aus Veranlassung einer Beschäftigung dieser Art gegeben, oder zum Zwecke, sich für einen solchen Beruf auszubilden, von Eltern, Verwandten oder dritten Personen zugewendet wird [13]);

2) Geschenke des Regenten oder seiner Gemahlin [14]);

3) jeder Erwerb eines Geistlichen [15]).

Das peculium castrense und quasi castrense werden gemeinhin unter dem Ausdruck peculium militare zusammengefaßt.

## §. 488.

### c) Vom peculium adventitium.

#### α) Regulare.

Was vom Sondergute nicht peculium militare ist, gehört zu den Adventitien (s. g. peculium adventitium) [1]), es mag durch Fleiß und Thätigkeit, oder durch Glückes Gunst, oder auf andere Weise erworben seyn [2]). Insbesondere gehören dazu die Güter,

---

11) Constit. 7 de adsess. (1, 51); Constit. ult. pr. de inoffic. testam. (3, 28). Const. un. de castr. omnium pal. pec. (12, 31). Const. ult. de castr. pec. (12, 37).

12) C. 4 de advoc. divers. jud. (2, 7).

13) Marezoll a. a. O. S. 125. Vangerow, §. 235.

14) C. 7 de bon. quae liberis (6, 61).

15) Nov. 123 cap. 19. Vgl. C. 34 de episc. et cler. (1, 3). Vangerow a. a. O.

1) C. 6 pr. de bonis quae lib. (6, 61). Vgl. C. 17 in f. de usufr. (3, 33). Vergl. Puchta, Vorles. zu §. 436: „Man kann diese Güter passend bona adventitia nennen, und nicht peculium. In den römischen Gesetzen werden sie nie so genannt, von den Neueren ist es geschehen." Insofern der Ausdruck „adventitia" den Gegensatz des römischen pec. profectitium bezeichnet, paßt er nicht mehr auf den heutigen Umfang der Adventitien.

2) Const. 6 pr. §. 1 de bonis quae liberis. Vergleiche §. 4 Inst. per quas personas nob. obl. adqu. (3, 29). Nicht hierher gehören Erwerbe aus Handlungen des Kindes, welche dasselbe in unmittelbarer Beziehung auf das väterliche Vermögen, oder vermöge Auftrags und Befehls des Vaters vornimmt (sogenannte häusliche Dienste). Vangerow, Bd. 1 §. 236 Anmerk. 2. — Die dem Kinde gemachten Pathengeschenke gehören zu den Adventitien. Puchta, Vorles. zu §. 437 a. E. — Vgl. über einzelne

welche das Kind von seiner Mutter[3]) oder von mütterlichen Ascendenten[4]) geerbt, oder durch seine Ehe erworben hat[5]); nach heutigem Rechte auch das aus Zuwendungen des Vaters fließende Vermögen (§. 485).

Das Eigenthum wie der Besitz der das peculium adventitium ausmachenden Sachen stehen dem Kinde zu[6]); der Vater hat die Nutznießung und die Verwaltung[7]), einbegriffen die Vertretung in Rechtsstreiten. Die von der Nutznießung überhaupt geltenden Grundsätze (§. 167—170) kommen auch hier zur Anwendung[7a]). Nur ist der Vater von der Verbindlichkeit zur Stellung einer Caution[8]) befreit, sowie er auch (während der Dauer seines Rechtes) wegen schlechter Verwaltung nicht zur Verantwortung gezogen werden kann[9]). Indessen ist er verpflichtet, die in dem Peculium

---

Bestandtheile des regulären peculium adventitium — Seufferts Arch. III, Nr. 271.

3) C. 1 de bonis maternis (6, 60).

4) C. 2 eod.

5) C. 1 de bonis quae liberis.

6) §. 1 Inst. per quas personas (2, 9).

7) C. 1 de bonis maternis (6, 60); C. 6, 8 §. 3 de bonis quae liber. (6, 61). Vgl. § 490 zu Note 3. — Oben §. 449 ist vorgekommen, daß die Verbindlichkeit der Eltern zur Alimentation der Kinder wegfalle, wenn letztere hinreichendes eigenes Vermögen besitzen. Besteht aber das eigene Vermögen des Kindes in einem peculium adventitium ordinarium, so kommt es in dieser Hinsicht nicht in Betracht. Hat der Vater für das Kind Auslagen gemacht, welche die Gränzen der ihm obliegenden Alimentation überschreiten, so kann daraus die Befugniß erwachsen, seiner Zeit den Betrag bei Herausgabe des adventitium in Aufrechnung zu bringen. Nettelbladt, Rechtssprüche Bd. II. S. 152 f. — Ueber das Recht der Kinder, gegen die Verwendung der Früchte ihrer Adventitien für die Gläubiger des Vaters Einspruch zu erheben, wenn dadurch ihre Alimentation gefährdet würde, — vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 338.

7a) Ueber Geltendmachung des väterlichen Nießbrauches im Wege der Klage vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 340. — Zu diesem Sondergute gehörige Forderungen des Hauskindes können durch Zahlung an den Vater getilgt werden. Ebd. II, Nr. 307.

8) C. 8 §. 4 eod.

9) C. 8 §. 4 in f. eod. Vgl. C. 6 §. 2 eod. Es ist jedoch die Beantragung von Sicherheitsmaßregeln statthaft, wenn bestimmte Gründe des Verdachts einer schlechten Administration, insbesondere der Verschwendung, vorliegen.

befindlichen Sachen mit der Sorgsamkeit eines guten Hausvaters zu bewahren und zu erhalten [10]); er darf Veräußerungen nur insofern vornehmen [11]), als Schulden zu bezahlen [12]), oder Vermächtnisse zu entrichten [13]), oder die Sachen von der Art sind, daß deren Aufbewahrung zum Nachtheil gereichte [14]). Er muß ferner bei Processen [14a]) die Zustimmung des Hauskindes erholen, wenn nicht dasselbe noch unmündig, oder schon seit langer Zeit abwesend ist [15]).

Das Recht des Vaters hört auf mit der Erlöschung der väterlichen Gewalt [16]). Wenn jedoch diese durch den Tod des

---

Seufferts Archiv III, Nr. 336. — Bei der Herausgabe genügt es, wenn sie nach einem Verzeichnisse geschieht, worin die nach Ende des Nießbrauches gezogenen Früchte als Zuwachs aufgenommen sind. Seufferts Archiv III, Nr. 337.

10) C. 1 de bonis maternis.

11) Const. 1, 2 eodem; Const. 4, 6 §. 2, C. 8 §. 4, 5 de bonis quae liberis. Nov. 22 cap. 23, 24. Vgl. Glück, Comment. XIV, § 909. Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel werden die von Verkäufen der Güter Minderjähriger geltenden Vorschriften (vgl. §. 505) auch auf minderjährige Hauskinder bezogen. Seufferts Archiv III, Nr. 334.

12) Const. 8 §. 4 de bonis quae liberis. — Es handelt sich hier von solchen Schulden, deren Uebernahme mit dem Erwerbe des Peculiarvermögens verbunden war, z. B. das Peculium wurde durch Beerbung eines Verwandten erworben, und dieser hatte auch Schulden hinterlassen. Im Uebrigen s. §. 490.

13) C. 8 §. 4 eod.

14) C. 8 §. 5 eod. Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel darf der Vater nicht nur wegen jeder factischen Nothwendigkeit, sondern auch dann schon bona adventitia veräußern, wenn es den Kindern zu merklichem Nutzen gereicht. Seufferts Archiv III, Nr. 335.

14a) Vergl. Seufferts Archiv III, Nr. 272: „Bei dem Erfordernisse der Vertretung eines volljährigen Hauskindes durch den Vater wird ein solcher Streitgegenstand unterstellt, welcher zu den (ordentlichen) Adventitien gehört."

15) C. 1 de bon. mat.; C. 8 §. 3 de bonis quae liberis (6, 61). Dagegen Vangerow, Band I. S. 360. Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel wird obiges Erforderniß „für nicht mehr in Uebung erachtet", ohne Unterschied der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit der Hauskinder. Seufferts Archiv III, Nr. 273.

16) Durch Geben in die volle Adoption wird das Recht an den Adoptivvater

Kindes erfolgt, so bleibt es dem Vater im Falle der Beerbung desselben durch Descendenten [17]. Der Nießbrauch an den Gütern, deren Proprietät den Kindern nach dem Rechte der Ehescheidung (§. 463), beziehungsweise der zweiten Ehe (§. 464) zufällt, wird durch Erlöschung der väterlichen Gewalt, mit welcher er nicht zusammenhängt, keineswegs aufgehoben [18].

Ueber Endigung des väterlichen Nießbrauchs, beziehungsweise Verwaltungsrechtes vergl. noch §. 489 zu Note 8—11.

## §. 489.

### β) Irregulare.

Unter peculium adventitium *irregulare* (von Manchen als extraordinarium bezeichnet), versteht man Dasjenige, dessen Nießbrauch und Verwaltung ausnahmsweise dem Vater entzogen ist. Gleichwohl ist diese Art des Sondergutes von dem peculium quasi castrense immer noch verschieden, indem in Ansehung desselben die Stellung eines pater familias dem Hauskinde nicht zukommt [1], daher auch die Fähigkeit mangelt, durch den letzten Willen darüber

---

verloren. (Bestritten — vergl. Marezoll in der Gießener Zeitschrift Bd 13 S. 212 f.). Nach römischem Rechte soll der Vater im Falle einer freiwilligen Emancipation den Nießbrauch an der Hälfte des Vermögens behalten. C. 6 §. 3 de bon. quae lib.; deßgleichen, wenn die bei Lebzeiten der Mutter emancipirten Kinder in der Folge die Mutter beerben, den Nießbrauch an einem Kopftheile der Erbschaft erwerben. Schrader, Abh. aus dem Civilrecht Nr. 3. C. 3 de bonis mat. — Insofern heutzutage Kinder aus der väterlichen Gewalt wider Willen des Vaters austreten können (§. 481 Note 2 vgl. mit §. 445 Note 1), wird auch das Ende seiner Nützniessung und Verwaltung der Adventitien gegen seinen Willen herbeigeführt. Vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 339

17) Nach älterem Rechte auch im Falle der Beerbung durch Mutter und Geschwister. C. 7 §. 1 ad SC. Tertyll. (6, 56). S. aber Novelle 118 Cap. 1, 2.

18) Vgl. Vangerow, Bd. 1 §. 236 Anm. 1.

1) Vgl. fr. 50 ad SC. Treb. (36, 4): „Quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate." S. unten zu Note 8. (Im angef. Fr. ist nicht von der Caution eines Nutznießers oder Verwalters (vgl. Note 3), sondern von der cautio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa (§. 617) die Rede).

zu verfügen [2]). Im Uebrigen gebührt dem Hauskinde, sofern es nur nicht Alters wegen der Vormundschaft unterworfen ist [3]), über sein peculium adventitium irregulare die freie Verwaltung und Proceßführung [3a]), sowie auch das Recht, zu veräußern.

Das peculium adventitium ist als irregulare zu behandeln in folgenden Fällen:

1) wenn Derjenige, der dem Hauskinde durch Freigebigkeit oder letzten Willen das Peculium zuwendete, das Recht des Vaters durch besondere Verfügung ausgeschlossen [4]);

2) wenn das Kind die Erwerbung z. B. einer Erbschaft, wider Willen des Vaters [5]), oder doch, weil derselbe wahnsinnig, ohne Zustimmung gemacht hat [6]);

3) in Ansehung der Erbtheile aus der Verlassenschaft verstorbener Geschwister, sofern auch der Vater einen Theil der Erbschaft für sich erhielt [7]);

---

2) Pr. Inst. in f. quib. non permitt. fac. test. (2, 12).

3) Vergl. C. 8 §. 1 de bonis quae liberis (6, 61) mit Nov. 117 C. 1 §. 1. Die Verwaltung kann übrigens dem Vater, wenn keine Bedenken (z. B. im Hinblicke auf eine denselben ausschließende Verfügung im Falle Nr. 1) obwalten, anvertraut werden. Die Befreiung von Caution und Rechnungsstellung findet hier nicht statt. — Vgl. über die Verwaltung der irregulären Adventitien durch einen Curator — Seufferts Archiv III, Nr. 343.

3a) Bei Vermögenstheilen, die nicht zum s. g. peculium adventitium regulare gehören, ist das Hauskind durch die väterliche Gewalt an selbstständiger Proceßführung nicht gehindert; natürlich abgesehen von allgemeinen Mängeln, z. B. des Alters, der Geistesintegrität. Vergl. Savigny, System Bd. II. S. 97.

4) Nov. 117 cap. 1 pr. §. 1. Vergl. Bl. f. R.-A. Bd. XI. S. 225 f. — Vangerow, Bd. 1 S. 361. Der Ausschluß geht nur bei freiwilligen Zuwendungen an, nicht bei bloßer Hinterlassung des Pflichttheiles; welche Beschränkung aber vom Gerichtsgebrauche beanstandet wird. Seufferts Archiv a. a O. — Mitunter ergibt sich der Ausschluß aus der Beschaffenheit des Gegenstandes, z. B. bei einer einem erwachsenen Haussohne vermachten Taschenuhr, von welcher anzunehmen ist, daß er selbst sie tragen soll, und nicht der Vater.

5) C. 8 pr. §. 1 de bonis quae liberis (6, 61).

6) Fr. 52 pr. de adqu. vel omitt. her. (29, 2).

7) Nov. 118 cap. 2. Vgl. indessen §. 488 zu Note 17.

4) zur Strafe, wenn der Vater in Ansehung von Fideicommißgütern, die er dem Kinde herausgeben sollte, betrüglich gehandelt hat [8]).

Wegen schlechter Verwaltung und Verschleuderung des Peculiarvermögens, wegen eintretender Vermögens-Interdiction kann dem Vater zwar die Verwaltung, nicht aber der Nießbrauch entzogen werden [9]). Ein Verzicht des Vaters auf die Einkünfte des peculium adventitium ist nach heutigem Rechte wirksam [10]); hat aber den Verlust des Verwaltungsrechtes keineswegs zur nothwendigen Folge [11]).

## §. 490.

## D. Obligationsverhältnisse der Kinder. [1]).

Nach dem geltenden Rechte wird in der Regel das Hauskind selbst Gläubiger, wenn es Forderungen erwirbt. Natürlich kommt es häufig vor, daß ein Hauskind als Geschäftsführer des Vaters verkehrt, und damit auch Forderungen in das väterliche Vermögen bringt [2]). Außerdem erwirbt dasselbe dem Vater (nach den Grundsätzen vom peculium adventitium) regelmäßig (d. h. abgesehen von dem unter die bona castrensia, quasi castrensia und adventitia irregularia fallenden Erwerbe) Genuß und Verwaltung, und hiemit auch die Befugniß, die erworbenen Forderungen mit den geeigneten Klagen zu verfolgen [3]).

---

8) Fr. 50 ad SC. Trebell. (36, 1). Glück, Comm. XIV, §. 910 S. 385 Note 94.

9) Const. 13 §. 2 de sentent. pass. et rest. (9, 51). Vangerow a. a. O. S. 362. Vgl. indessen Seufferts Archiv II, Nr. 306. — Eingetretene Verarmung des Vaters zieht an und für sich die Entziehung der Verwaltung nicht nach sich. Seufferts Archiv III, Nr. 342.

10) Vgl. oben §. 483 Nr. 2.

11) Seufferts Archiv a. a. O.

1) Vgl. v. d. Pfordten, Abh. aus dem P.-R. S. 113—125. Puchta, Vorl. zu §. 274 u. 277.

2) Vgl. §. 485.

3) Vgl. fr. 57 de jud. (5, 1); fr. 44 de pec. (15, 1), fr. 39 de obl. et act. (44, 7); fr. 141 §. 2 de verb. obl. (45, 1).

In der väterlichen Gewalt liegt an sich kein Grund einer Verpflichtung des Vaters durch die Handlungen des Hauskindes; vielmehr haftet dieses selbst als Schuldner, und nur ausnahmsweise unter den Beschränkungen der Naturalobligation [4]). Besitzt aber das Hauskind kein Sondergut mit vollem (durch Nießbrauch des Vaters nicht beschränktem) Eigenthumsrechte, so kann vor der Hand ein gegen dasselbe erwirktes verurtheilendes Erkenntniß nicht vollstreckt werden [5]).

Auch zwischen Vater und Hauskind können Obligations-Verhältnisse mit voller Wirksamkeit vorkommen, nicht blos in Bezug auf peculium castrense und quasi castrense, sondern auch hinsichtlich des peculium adventitium, sowohl irregulare als regulare. [6]).

## §. 491.

## E. Haftung des Vaters aus Handlungen des Hauskindes.

Mit dem peculium profectitium haben auch die actio de peculio und die actio tributoria ihre praktische Bedeutung verloren [1]).

Wenn das Hauskind in Geschäften, bei welchen ein Interesse des Vaters obwaltet, auf Geheiß desselben gehandelt hat, oder dessen Handlung von diesem genehmigt wurde, so findet auf Erfüllung der daraus entstandenen Verbindlichkeit gegen den Vater actio quod jussu statt [2]).

---

4) S. oben §. 312.

5) Fr. 5 pr. quod cum eo, qui in aliena potestate (14, 5); Const. 9 eodem (4, 26).

6) von der Pfordten am ang. O. S. 145 f. Vergleiche oben §. 483 Nr. 2.

1) Vgl. §. 485 Note 1. Die erstere fand aus Handlungen des Hauskindes nicht nur gegen dieses selbst, sondern auch gegen den Vater auf Befriedigung aus dem Peculium statt. Hatte das Hauskind unter Zustimmung des Vaters mit dem peculium profectitium Handel getrieben, so war aus Handelsgeschäften des ersteren gegen den Vater von Seite der durch ihn verkürzten Gläubiger auch noch eine actio tributoria (mit der Natur einer Delictsklage) begründet, auf Befriedigung aus den vorhandenen Waaren, dem Betriebsapparat und Mobiliar, und dem durch den Handel eingenommenen Gelde.

2) Tit. Pand. *Quod jussu* (15, 4). Diese Klage hat ganz die Natur der actio

In Gemäßheit der für die Geschäftsführung geltenden Grundsätze[3]) ist der Vater verbunden, wenn aus dem Geschäfte, welches der Haussohn mit einem Dritten einging, eine versio in rem erfolgte, d. h. wenn Dasjenige, was der Dritte zufolge des Geschäftes hergab oder an Diensten leistete, für das Hauswesen oder andere Angelegenheiten des Vaters zur nothwendigen oder nützlichen Verwendung gereichte. Unter diesen Umständen ist für den Dritten gegen den Vater actio de in rem verso begründet[4]). Der Klagegrund besteht darin, daß das von dem Dritten Gegebene oder Geleistete durch das Hauskind, als Mittelsperson, zum Vortheil des Vaters wirklich verwendet wurde[5]). Die in rem versio kann in Verwendung von Geld oder anderem Gute, in Leistung von Diensten, in Erwerbung von Forderungen, in Befreiung von Schulden bestehen; es gilt überhaupt gleichviel, ob das Vermögen des Vaters vermehrt oder eine Ausgabe erspart wurde[6]). Die Version muß wirklich erfolgt seyn; die actio de in rem verso ist nicht begründet, wenn die Leistung des Dritten zwar zum Zwecke der Version angenommen, aber nachher vom Hauskinde zu seinem eigenen Vortheil verwendet wurde oder doch durch dessen Schuld ohne Erfolg für den Vater blieb[7]). Ist

---

quasi institoria. S. oben §. 338. Von obigem Falle ist es zu unterscheiden, wenn der Vater in Angelegenheiten des Hauskindes intercedirt, fr. 1 §. 5 eodem; ferner wenn der Vater mit Benützung der Dienste des Kindes contrahirt, fr. 5 pr. eod. S. oben §. 257 Note 9. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 277.

3) Vgl. oben §. 345. Im praktischen Rechte erscheinen die sich für die actio de in rem verso in den Quellen findenden speciellen Bestimmungen als nähere Ausführung des a. a. O. vorgetragenen allgemeinen Grundsatzes.

4) G. C. Seuffert, Dissertatio de eo quod justum est circa de in rem verso actionem. Wirceburgi 1822.

5) Seuffert l. c. §. 3.

6) Fr. 3 §. 1, 5, 7, 8, fr. 5 pr. §. 1—3, fr. 7 §. 2, fr. 10 pr. §. 4 eodem. Unter Anderem ist die Version auch vorhanden, wenn das Hauskind seinen eigenen (dem Vater obliegenden) Unterhalt von Dem, was ein Dritter hergab, bestritten hat, fragment. 3 §. 3 eodem. Seuffert, Dissertatio §. 5—7.

7) Fr. 3 §. 9 eod.

hingegen dem Kinde zum Zwecke der versio in rem patris creditirt worden, und die wirkliche Verwendung nur durch zufälligen Verlust des Gegenstandes unterblieben, so findet die actio de in rem verso gegen den Vater statt [8]). Nicht minder bleibt der Vater der Klage unterworfen, wenn der Vortheil der geschehenen Verwendung durch späteren Zufall wieder aufgehoben wurde [9]). Nur wegen nothwendiger oder nützlicher Verwendungen ist diese Klage begründet [10]), nicht aber, wenn sie bloß zum Luxus oder Vergnügen gereichten [11]), sofern nicht in einem solchen Falle der Sohn aus Veranlassung des Vaters handelte oder dessen Genehmigung erhielt [12]).

Zur Begründung der Klage wird ferner erfordert, daß das Hauskind die Verwendung als Geschäftsführer des Vaters mit der Absicht machte, sich denselben dafür zu verbinden [13]), so daß, wenn das Kind dem Vater zu schenken, dessen Nutzen ohne Vergütung seiner Auslagen zu befördern beabsichtigte, auch dem Dritten aus der in rem versio keine Klage erwächst [14]).

In Ansehung der Frage, was der aus der Version in Anspruch genommene Vater zu vergüten habe, ist zu unterscheiden. Hat die Version den Charakter der nothwendigen Verwendung, so muß der Vater den ganzen Betrag oder Werth des Gegenstandes erstatten [15]). Ist die Verwendung nur als nützliche zu betrachten, so kommt nur soviel in Rechnung, als derselbe durch die Version wirklich gewonnen hat [16]). Bei Leistungen und Ausgaben zum Luxus und Vergnügen greift zwar kein Anspruch

---

8) Fr. 3 §. 7, 8, 10, fr. 17 pr. eod.

9) Fr. 3 §. 7, 8 eod.

10) Fr. 5 pr. §. 2 eod.

11) Fr. 3 §. 4 eod.

12) Fr. 5 §. 1, 2 eod.

13) Seuffert l. c. §. 10.

14) Fr. 7 §. 5, fr. 10 §. 10, fr. 11 eod.

15) Fr. 5 pr. eod.: „Cum, si necessarias emisset, in solidum, quando *venissent*, teneretur."

16) Fr. 12 eod.: „Si fundum patri dominove emit servus vel filius familias, versum quidem esse videtur; ita tamen, ut sive minoris sit, quam est emtus, tantum videatur in rem versum, quanti dignus sit: sive pluris sit, non plus videatur in rem versum, quam emtus est." Vergleiche fr. 5 pr. eodem.

auf Vergütung Platz, es steht aber in Ansehung des Productes dem Dritten das Recht der Wegnahme zu [17]). Zur Zinsenzahlung ist der Vater nur insofern verbunden, als sich auch das Hauskind dem dritten Contrahenten hierzu verbindlich machte [18]).

Durch Genehmigung der Geschäftsführung des Hauskindes tritt der Vater ganz in die Lage, als hätte er mit dem Dritten unmittelbar contrahirt [19]).

Die actio de in rem verso ist nur der gewöhnlichen Verjährung von 30 Jahren unterworfen [20]). Hat der Vater eine Gegenforderung an das Hauskind, so kann er diese auch gegen den Dritten, welcher die actio de in rem verso anstellt, auf dem Wege der Einrede geltend machen [21]). Die Klage ist gleichfalls beseitigt, wenn der Vater die Versionsschuld an das Hauskind, ohne dabei eine Gefährde des Dritten zu beabsichtigen, zurückgezahlt hat [22]).

---

17) Fr. 3 §. 4: „Sed sine domus injuria."
18) Fr. 10 §. 5 eod.
19) Fr. 5 §. 1 eod.
20) Fr. 1 §. 1 eod.
21) Fr. 10 §. 8 eod.
22) Fr. 10 §. 6 eod.

## Drittes Hauptstück.

# Von der Vormundschaft [1]).

### §. 492.

### Einleitung.

Es wird als eine Pflicht der Staatsgewalt betrachtet, sich solcher Personen anzunehmen, welche wegen ihrer Jugend, oder aus anderen Gründen, z. B. wegen Geisteskrankheit, für sich selbst gehörig zu sorgen nicht im Stande sind. Diese besondere Sorge und Obhut wird Vormundschaft genannt, und der Staat überträgt dieselbe einzelnen Personen, welche Vormünder heißen; dabei läßt er über die Amtsführung der Vormünder, gewöhnlich durch die ordentlichen Richterbehörden [2]), eine genaue Aufsicht hand-

1) Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 Bde. 1832—34. Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechtes. 1835; 1847.

2) Die Obervormundschaft gebührt in jedem Falle der Obrigkeit, welcher der Pflegling durch seinen Wohnort unterworfen ist. Fr. 1 §. 2 de tut. dat. (26, 5); C. un. ubi pet. tut. (5, 32). Vergl. indessen fr. 27 pr. de tut. dat.; fr. 5 §. 12 de rebus eorum qui sub tutela (27, 9), nach welchen Gesetzstellen die Obrigkeit des Ortes, wo sich Vermögen des Minderjährigen befindet, für dieses Vermögen einen Curator mit der vollen Gewalt eines Vormundes ernennen kann. Seufferts Archiv IV, Nr. 130. — Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle Bd. I. Nr. 32. S. auch unten

haben, wirkt in einzelnen Punkten durch die Obrigkeiten auf die Verwaltung maßgebend ein, und übt hierdurch die **Obervormundschaft**[2a]).

Die Vormundschaft wird entweder über Minderjährige [3]) oder andere Personen geführt. Der Regel nach tritt die Vormundschaft nur dann ein, wenn der Schutzbedürftige nicht mehr unter väterlicher Gewalt steht, indem das Hauskind der Obhut des Vaters anvertraut ist [4]). Nur bei Rechtsverhältnissen zwischen Vater und Kind, und in Ansehung von Gütern, welche nach Verfügung Dessen, von dem sie das Kind empfing, der väterlichen Aufsicht entzogen sind, kommt es neben der väterlichen Gewalt auch zur Vormundschaft [5]).

---

§. 498 Note 1. — Im Zweifel entscheidet die Prävention für diejenige Obrigkeit, welche zuerst obervormundschaftliche Handlungen vorgenommen hat. Vergl. **Schweppe**, R. P.-R. §. 731. — Von Curatelbestellung für Unterthanen eines anderen Staates vergleiche **Seufferts** Archiv IV, Nr. 131.

2a) Das Amt des Obervormundes bezieht sich auf die Bestellung resp. Bestätigung und Einsetzung des Vormundes (§. 493 Note 1 u. 10, §. 494 bis 496, 498–499), die Sorge für die Inventarisation, für die Cautionsleistung, die Abnahme des Vormundschaftseides, die Ausfertigung des Einsetzungsdecretes (§. 499); ferner auf Beaufsichtigung der Vormundschaftsführung, Abnahme und Prüfung der jährlichen Rechnungen (§. 501), Mitwirkung bei Festsetzung der Alimente, und zu Anordnungen über Erziehung des Pfleglings (§. 503), sowie bei Veräußerungen (§. 505) und Annahme von Zahlungen (§. 506); endlich auf die Beendigung der Vormundschaft (§. 500 vgl. mit §. 493 f.).

3) Ueber den Sinn und Umfang des römisch-rechtlichen Unterschieds zwischen tutela impuberum und cura minorum, sowie über dessen praktische Bedeutung sind die Ansichten sehr verschieden. Vergleiche Joh. Fr. **von Meyer**, von dem Unterschiede zwischen Tutel und Curatel 1803. **von Löhr** im Magazin III, Nr. 1 und 14. **Vangerow**, Bd. I. §. 263. **Puchta**, Vorlesungen zu §. 331, 332. **Dollmann** in den Blättern für R.-A. XIV, S. 97.

4) Const. 8 §. 1 de bonis quae liberis (6, 61); Const. 7 pr. de curat. furiosi (5, 70).

5) Nov. 117 cap. 1.

§. 493.

## I. Von der Vormundschaft über Minderjährige.

### A. Von der Berufung zur Vormundschaft.

#### 1) Gründe der Abwendung.

##### a) Fälle der Unfähigkeit [1]).

Von der Berufung zur Vormundschaft ausgeschlossen sind

1) Frauenzimmer [2]), mit Ausnahme der Mutter und Großmutter [3]);

2) Bischöfe und Mönche [4]);

3) Soldaten [5]), mit Ausnahme der ihnen durch Testament eines Mitsoldaten angetragenen Vormundschaft [6]);

4) Minderjährige [7]).

Außer diesen Kategorien sollen von der Obrigkeit zur Vormundschaft nicht zugelassen werden

---

1) Unter den Unfähigkeitsfällen sind diejenigen, in welchen die Vormundschaft nicht einmal deferirt wird (Nr. 1—4), von den übrigen zu unterscheiden, in welchen die fraglichen Personen nur von der Obrigkeit (wegen s. g. excusatio necessaria) nicht zugelassen werden sollen. Die praktische Bedeutung des Unterschiedes besteht darin, daß in den Fällen der ersten Art eine weitere Delation an den nachfolgend Berufenen, in denen der zweiten aber tutela dativa (§. 498) eintritt. Vangerow, Band I. §. 270. Uebrigens ist die Obrigkeit an die bezeichneten Ausschließungsgründe nicht gebunden, sondern sie kann und soll überhaupt einen Vormund ausschließen, den sie für untauglich oder dem Besten des Pfleglings nicht zusagend zu halten, erhebliche Gründe hat. Fr. 3 §. 12 de suspect. tut. (26, 10). Puchta, Pand. §. 335.

2) Fr. 16 pr., fr. 18 de tutel. (26, 1).

3) Nov. 94 cap. 2; Nov. 118 cap. 5. — Vgl. hierüber unten §. 497 a. E., §. 500 Nr. 6.

4) Nov. 123 cap. 5. — Vgl. §. 494 Note 6.

5) C. 4 qui dare tutores (5, 34).

6) Fr. 23 §. 1 de excus. (27, 11).

7) §. 23 Inst. de excus. (1, 25); C. 5 de legit. tut. (5, 30); auch wenn sie veniam aetatis erlangt haben. Strube, rechtl. Bed. (Ausg. v. Spangenberg) II, 119. — S. übrigens unten §. 498 Absatz 2.

5) beständig kranke, wahnsinnige, taube, stumme[8]), blinde[9]) Personen;

6) Gläubiger und Schuldner des Pfleglings[10]), und zwar in der Art, daß sie, wenn sie, ihr Verhältniß zu dem Pflegling absichtlich verschweigend, dennoch die Vormundschaft übernehmen, ihres Anspruches oder ihrer Einreden verlustig seyn sollen[11]);

7) Personen, welche Vater oder Mutter in ihrem Testamente ausdrücklich verworfen haben[12]);

8) wer sich unberufen zum Vormund aufdringen will[13]);

9) erklärte Feinde des Pfleglings oder seiner Eltern[14]);

10) der Ehemann der zu bevormundenden Person[15]).

## §. 494.

### b) Gründe freiwilliger Ablehnung.

Die Vormundschaft ist ein öffentliches Amt, welches zu übernehmen jeder Bürger, der dazu an seinem Wohnort berufen wird, der Regel nach verpflichtet ist[1]). Indessen führen die Gesetze

---

8) Fr. 1 §. 2, 3, fr. 15 §. 4, fr. 17 de tut. (26, 1); C. 5 de legit. tutela (5, 30). — Verschwender stehen auch hier den Wahnsinnigen gleich.

9) C. 3 qui dare tut. (5, 34).

10) Nov. 72 cap. 1—4. Ausgenommen sind auch hier Mutter und Großmutter — nov. 94 cap. 1. Wird der Vormund erst während seiner Amtsführung Gläubiger oder Schuldner des Pfleglings, so muß letzterem für dieses Verhältniß ein Beivormund bestellt werden — nov. 72 cap. 2. Die Unfähigkeit der Gläubiger und Schuldner des Pfleglings (zu welchen auch Handelsgesellschafter zu zählen) wird dadurch nicht beseitigt, daß solche im Testamente des Vaters zu Vormündern seiner Kinder ernannt sind. Seuffert im Archiv für civil. Praxis XII, S. 304 f. Vangerow, §. 270 Nr. 3 lit. d.

11) Nov. 72 cap. 4. Vgl. Hagemann, prakt. Erört. V, Nr. 30.

12) Fr. 21 §. 2 de tut. et cur. dat. (26, 5).

13) Fr. 21 §. 6 eod.

14) §. 11 Inst. de excusat. (1, 25); fr. 3 §. 12 de susp. tutela (26, 10). — Vergleiche fr. 6 §. 17 de excus. (27, 1); fr. 8—10 de confirmando tut. (26, 3).

15) C. 2 qui dare tut. (5, 34).

1) Mutter und Großmutter können die ihnen deferirte Vormundschaft ohne besondere Entschuldigungsgründe ablehnen — nov. 94 cap. 1: „Quia vero

eine Reihe von Entschuldigungsgründen (excusationes) auf. Entschuldigen kann sich

1) wer viele eigene Kinder[2]), oder

2) schon mehrere Vormundschaften (oder doch eine sehr beschwerliche) zu führen[3]), oder

3) bereits das 70. Lebensjahr erreicht hat[4]);

4) wer weder lesen noch schreiben kann[5]), oder

5) ein öffentliches Amt bekleidet[6]), oder praktischer Arzt ist[7]);

6) wer eine Domäne des Staates oder des Regenten verwaltet[8]);

---

matribus *volentibus* etc." — Vormundschaften, die an einem anderen als des Berufenen Wohnort zu führen sind, braucht man nicht anzunehmen — fr. 46 §. 2 de excus. (27, 7). S. auch unten §. 507 Note 5.

2) Nach römischem Rechte, wer in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5 leibliche, eheliche, schon geborne und noch lebende Kinder hat. Pr. Inst. de excusationibus (1, 25); fr. 2 §. 2—8 eodem (27, 1). Vangerow, Bd. I. § 271 Nr. 8. Puchta, Pandekt. §. 340 Nr. 9: „Heutzutage gilt es für einen seiner näheren Bestimmung nach dem richterlichen Ermessen anheimgestellten Excusationsgrund, wenn Jemand soviele eigene unversorgte Kinder hat, daß es unbillig seyn würde, ihm auch noch die vormundschaftliche Sorge für fremde aufzubürden."

3) Vergl. fr. 31 §. 4 mit fr. 2 §. 9, fr. 4, 5, fr. 15 §. 15, fr. 17 pr. §. 5 Inst. eod. Vangerow a. a. O. Nr. 9.

4) §. 13 Inst. eodem; fr. 2 pr., fr. 15 §. 11 eodem. Vgl. C. 3 qui aetate (10, 49). S. Vangerow a. a. O. Nr. 10.

5) §. 6 Inst. eod. Vgl. fr. 6 §. 19 eod. S. indessen Vangerow a. a. O. Nr. 13.

6) §. 3 Inst. eodem; fr. 15 §. 5 eodem. Insbesondere öffentliche Lehrer der Wissenschaften und freien Künste. §. 15 Inst. eod. Auch ein geistliches Amt (welches nicht unfähig macht) dient zur Excusation. C. 52 de episc. et cler. (1, 3). Die Excusation wegen ehrenvoller Entlassung nach vollständig ausgehaltener Militärdienstzeit (fr. 8 de excus.) paßt nicht mehr auf die veränderten Militärverhältnisse.

7) Fr. 6 §. 1 de excus.

8) §. 1 Inst., fr. 22 §. 1, fr. 41 eod. Gegen die (auf C. 13 qui dare tut. fußende) Annahme, daß auch Pachtung fiscalischer Güter excusire, erklärt sich unter Bezugnahme auf C. 8 de excus. Puchta, Pandekten §. 340 Note k.

7) wer in Staatsangelegenheiten längere Zeit abwesend ist [9];

8) wer vom Vater des Pfleglings eine feindselige Behandlung erlitten hat [10].

Sowohl eine deferirte Vormundschaft abzulehnen, als die bisher geführte niederzulegen ist man befugt wegen Aufnahme in den geheimen Rath des Fürsten [10a], ferner wegen Krankheit oder Armuth [11]; zur Niederlegung berechtigt auch Veränderung des Wohnortes, wenn sie mit Erlaubniß des (von der Vormundschaft Kenntniß habenden) Regenten oder auf dessen Befehl geschah [12], sowie Entfernung in Staatsgeschäften über die See [12a].

Wer sich entschuldigen will, muß in den ersten 50 Tagen von der Zeit an, da er von seiner Berufung zur Vormundschaft Wissenschaft erhielt, die Entschuldigungsursache bei der ordentlichen Obrigkeit anführen, dieselbe beweisen [13], und darüber des richterlichen Ausspruches, gegen welchen Beschwerdeführung an den Oberrichter zulässig ist [14], gewärtig seyn.

Hat der Berufene dem Vater des Pfleglings die Annahme der Vormundschaft versprochen, oder ein ihm in Betracht der zu übernehmenden Vormundschaft hinterlassenes Vermächtniß ange-

---

9) §. 2 Inst., fr. 10 pr. §. 1—3, fr. 41 §. 2 eodem. Hier findet Excusation gegen die innerhalb eines Jahres nach der Rückkehr deferirten Vormundschaften statt.

10) §. 9, 11 Inst., fr. 6 §. 17 eod.

10a) Fr. 11 §. 2 de minor.

11) §. 6 Inst., fr. 2 §. ult., fr. 3—5, 6 pr., fr. 7, fr. 15 §. 15, 16, fr. 40 §. 1 de excus. Von Armuth ist die Rede, wodurch die Thätigkeit völlig für die eigene Subsistenz in Anspruch genommen wird; von Krankheit, welche ein Hinderniß der Geschäftsbesorgung ist.

12) Fr. 12 §. 1 eod. Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3.

12a) Fr. 11 §. 2 de minor.; §. 2 Inst., fr. 10 §. 2 de excus. C. 1 si tutor rei publ. (5, 64).

13) §. 16 Inst., fr. 13, 16, 38, 39, 45 §. 1 de excus. C. 6 eod. Für Abwesende finden nach den angeführten Stellen besondere Berechnungen statt. Unpraktisch. — Während der Verhandlung über die Excusation wird ein Interimsvormund bestellt. Fr. 17 §. 1 de appell. (49, 1).

14) Fr. 1 §. 1 quando appell. (49, 2).

nommen, so kann er von der ihm zustehenden Entschuldigungsursache keinen Gebrauch machen [15]).

## §. 495.

## 2) Gründe der Berufung zur Vormundschaft.

### a) Uebersicht.

Nach römischem Rechte kann Jemand zur Uebernahme einer Vormundschaft berufen werden:

1) zufolge testamentarischer Ernennung durch den Vater des Pfleglings (tutela testamentaria);

2) kraft des Gesetzes wegen Verwandtschaft (tutela legitima);

3) durch unmittelbare Bestellung von Seite der Obrigkeit (tutela dativa).

Die Berufung durch Testament des Vaters entscheidet vor den anderen Gründen [1]), und erst wenn auch aus dem zweiten Grunde der Vormund nicht bestimmt ist, kommt es zur sog. Dativtutel [2]). Nach deutschem Rechte dürfen auch Diejenigen, welche durch Testament oder Verwandtschaft berufen sind, ihre Amtsführung erst nach erlangter obrigkeitlicher Bestätigung beginnen [3]).

## §. 496.

### b) Insbesondere.

#### α) Von der Berufung durch Testament des Vaters.

Das Recht, den minderjährigen Kindern durch Testament einen Vormund zu ernennen, ist ein Attribut der väterlichen Ge-

---

15) §. 9 Inst. de excusat. (1, 25); fr. 5 §. 2 de his quae ut indignis (34, 9). Dasselbe gilt, wenn der Vormund den letzten Willen selbst geschrieben hat, in welchem der Vater ihn ernannte. Fr. 29 de testam. tut. (26, 2). Auch durch Uebernahme der Administration ohne Geltendmachung der Excusation geht diese verloren. Vergleiche Const. 2 si tutor vel curator (5, 63).

1) Nov. 118 cap. 5.

2) Pr. Inst. de Atiliano Tutore (1, 20). Vgl. noch §. 498.

3) Reichs-Polizeiordnung von 1577 Tit. 32 §. 2.

walt [1]). Zur Ausübung desselben wird erfordert, daß der Vater über sein Vermögen ein rechtsgültiges Testament errichte, und in diesem oder in einem bestätigten Codicille den Vormund ernenne [2]). Auch in Ansehung enterbter Kinder greift diese Befugniß Platz [3]).

Außer dem Falle der rechtsgültigen Ernennung von Seite des Hausvaters bedarf es schon nach römischem Rechte der Bestätigung der Obrigkeit [3a]), insbesondere

1) wenn der Vater einem der Gewalt nicht unterworfenen Kinde einen Vormund ernennt [4]), oder

2) die Ernennung in einem ungültigen Testamente oder nicht bestätigten Codicille geschieht [5]);

3) wenn die Mutter den Vormund ihres zum Erben eingesetzten Kindes bestimmt [6]);

4) wenn ein Dritter, welcher einem sonst unvermögenden Kinde etwas hinterläßt, zugleich den Vormund anordnet [7]).

## §. 497.

### β) Von der Berufung durch Verwandtschaft.

Nach dem Gesetze wird Derjenige zur Vormundschaft berufen, der auf den Todesfall des Minderjährigen dessen Intestaterbe

---

1) Fr. 1 pr., fr. 2, 4—6 de testam. tut. (26, 2). Auch in Ansehung der postumi — fr. 1 §. 1 eod., aber nur in Ansehung derjenigen, die durch den Tod des Testators gewaltfrei werden.

2) Fr. 3 pr. eod. Der Ernannte muß testamentarische Erbfähigkeit haben. Fr. 20, 21 eod.

3) Fr. 4 eod.

3a) Ueber Bestätigung ohne vorherige Untersuchung (Nr. 1 u. 2) oder nach einer solchen (fr. 7 pr. §. 1 de confirm. tut.) und über das Verhältniß des tutor confirmatus zum tutor testamentarius vgl. Vangerow, Bd. I. §. 265.

4) Fr. 1 §. 1, 2 de confirm. tut. (26, 3). Vergleiche noch fr. 7 pr. eod.: „Naturali filio, cui nihil relictum est, tutor frustra datur a patre, nec sine inquisitione confirmatur.“ Vgl. Nov. 89 cap. 14. Glück, Commentar XXIX, S. 266 f.

5) Fr. 3 eod.

6) Fr. 1 §. 2, fr. 2 pr. eod. Vgl. fr. 4 de testam. tut. (26, 2).

7) Fr. 4, 5 de confirm. tut.

seyn würde [1]). Mehrere gleich nahe Verwandten werden zusammenberufen [2]). Ist der nächste unfähig, so geschieht die Delation an den nächstfolgenden [3]).

Mutter und Großmutter des Pfleglings haben den Vorzug vor allen Seitenverwandten, sofern sie nämlich im Wittwenstande verbleiben [4]).

## §. 498.

### γ) Von der Berufung durch die Obrigkeit.

Ist die Person des Vormundes weder durch Testament noch durch das Gesetz bestimmt, so ernennt ihn die ordentliche [1]) Obrigkeit des Pfleglings nach freier Wahl. Auch der Vormund muß der ernennenden Obrigkeit unterworfen seyn [2]), und der Ernennung eine Prüfung über dessen Befähigung zu diesem Amte vorhergehen [3]).

Der Obrigkeit fällt die Bestimmung auch dann anheim, wenn bei temporärer Verhinderung des testamentarischen oder gesetzlichen Vormundes oder aus anderen Gründen [4]) ein Interimsvormund oder Curator für einzelne Geschäfte zu bestellen ist; ferner, wenn eine deferirte Vormundschaft wegen Excusation (freiwilliger oder

---

1) §. un. Inst. de leg. patr. tut. (1, 17); fr. 1 pr. §. 1 de legit. tut. (26, 4); fr. 73 pr. de reg. jur.; Nov. 118 cap. 5.

2) Nov. 118 cap. 5.

3) Vgl. fr. 1 §. 1, 2 de legit. tut. S. aber §. 493 Note 1.

4) Nov. 118 cap. 4.

1) Besitzt der Pflegling entlegene Güter, so ist für diese von der Obrigkeit, in deren Bezirk sie liegen, ein Specialvormund aufzustellen. Fr. 21 §. 2 de excus. (27, 1). Vgl. oben §. 492 Note 2. Leyser, spec. 332 med. VI. Pufendorf, Obs. II, 95.

2) Fr. 3 de tut. et curat. dat. (26, 5); Const. 5 qui dare tut. poss. (5, 34). Vgl. fr. 4 de tut. et curat. dat. (26, 5).

3) Fr. 21 §. 5 eod.

4) Wenn es sich z. B. von einem Rechtsverhältnisse zwischen dem Vormund und dem Pflegling handelt. §. 3 Inst. de auctor. tut. (1, 21). S. auch §. 494 Note 13 und Seufferts Archiv IV, Nr. 129.

nothwendiger) wegfällt[4a]; oder der bisherige Vormund unter Mitwirkung der Obrigkeit entfernt wurde[5]).

Die Obrigkeit hat von Amtswegen darauf zu sehen, daß kein Minderjähriger ohne Vormund bleibe. Indessen sind alle Angehörigen, sowie auch Gläubiger und Schuldner desselben, berechtigt, die Bestellung eines Vormunds (mit Vorschlag einer tauglichen Person) zu beantragen[6]); die Mutter und die nächsten Intestaterben eines Unmündigen sind hierzu verbunden, so zwar, daß sie wenn sie dieser Verbindlichkeit binnen Jahresfrist nicht genügen, und der Unmündige vor Gelangung zur Testirungsfähigkeit stirbt, ihres Erbfolgerechtes verlustig werden[7]).

## §. 499.

### 3) Von wirklicher Uebernahme der Vormundschaft.

Der wirklichen Uebernahme der Vormundschaft muß vorhergehen

1) ein Decret der Obrigkeit (tutorium oder curatorium), wodurch der Vormund bestellt, beziehungsweise anerkannt oder bestätigt, und ihm die Verwaltung übertragen wird[1]). In Ansehung

---

4a) S. §. 493 Note 1. Vergl. fr. 3 §. 1 de testam. tut. (26, 2) mit fr. 11 §. 3, 4 eod.

5) Fr. 10 pr. de testam. tut. (26, 2); C. 1 in qu. caus. tut. (5, 36); fr. 11 §. 1—3 de testam. tut. (26, 2).

6) Fr. 2 pr. §. 1, 2 qui petant tut. (26, 6); C. 4 eod. (5, 31).

7) Fr. 2 §. 1, 2 cit.; C. 10 de leg. her. (6, 58). Vergl. fr. 2 §. 23 sequ. 43 ad SC. Tertull. (38, 17); C. 6 eodem (6, 56). Savigny (System Bd. IV. §. 177 Note p) hält dafür, daß nach dem neuesten Intestaterbrechte diese Strafe die Mutter nicht mehr treffe. S. dagegen Glück, Comment. Bd. XXX. S. 134 f. — Ueber Wegfallen der Strafe für Minderjährige, im Falle factischer Hindernisse und bei vermögenslosen Pupillen — vergl. fr. 2 §. 26, 27, 43, 45, 56 ad SC. Tertull.; C. 2 si adv. del. (2, 35) und C. 8, 11 qui pet. tutores. Puchta, Pand. §. 339 Note h.

1) Reichsabschied v. J. 1548 Tit. 31 und Reichspolizeiordnung v. J. 1577 Tit. 32 §. 2: „Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testamentsweis verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt worden.“ — Aber schon vor der Ertheilung

der vor dieser Uebertragung besorgten Geschäfte gilt der Vormund nur als unbevollmächtigter Geschäftsführer[2]) (s. unten §. 512). — Sofort beim Antritte muß

2) der Vormund zur förmlichen Errichtung eines Inventars über das Vermögen schreiten[3]).

Wird diese Inventarisirung nicht von der Obrigkeit besorgt, — was heutzutage gemeinhin der Fall ist, — so müssen dabei zur Beglaubigung Notar und Zeugen zugezogen werden[4]). Ist ein Inventar gar nicht oder nicht getreulich (ohne Beglaubigung) errichtet, so haftet der Vormund dem Pflegling für das gesammte Interesse, dessen Betrag durch den Schätzungseid bestimmt werden kann[5]). Dies findet jedoch keine Anwendung, wenn der Vormund einen gerechten Grund der Unterlassung aufzuführen vermag, z. B. eine Verfügung des Vaters, nach welcher ihm die Verwaltung ohne Inventarisirung anvertraut werden soll[6]). Nebstdem muß

3) die eidliche Verpflichtung geschehen[7]), wobei man gewöhnlich ein Handgelöbniß an Eidesstatt für genügend hält. Endlich liegt

4) dem Vormund ob, zur Sicherheit des Pfleglings Caution zu stellen[8]), welches meistens durch Eintragung der dem Pflegling zustehenden Generalhypothek in die öffentlichen Hypothekenbücher bewirkt wird.

---

des Decrets, nämlich von Zeit der Wissenschaft von der eingetretenen Delation, hat der durch Testament oder Gesetz Berufene die Verpflichtung, für die Auswirkung des Decrets thätig zu seyn.

2) Als protutor oder falsus tutor.

3) Fr. 7 pr. de admin. et peric. (26, 7); Const. fin. §. 1 arbitrium tutelae (5, 51).

4) C. 24 de admin. tut. (5, 37).

5) Fr. 7 pr. cit.

6) C. fin. §. 1 cit. Nicht nur der Vater, sondern Jeder, der dem Pflegling Vermögen hinterläßt, kann in Ansehung dieses Vermögens die Errichtung erlassen oder verbieten; aber soweit die Sicherung des dem Kinde gebührenden Pflichttheils in Frage, auch der Vater nicht. Ueber die Praxis, nach welcher die Obrigkeit auch bei dem Daseyn einer solchen Verfügung zum Besten des Pfleglings die Verzeichnung des Vermögens (mit Versicherung der Richtigkeit auf den Vormundschaftseid) anordnen kann, vgl. Bl. f. R.-A. XII, S. 135.

7) Reichspolizeiordn. v. 1577 Tit. 32 §. 3.

8) Reichspolizeiordn. a. a. O.

## §. 500.

### B. Von Endigung der Vormundschaft.

Das Ende einer Vormundschaft wird herbeigeführt durch den Tod des Pfleglings [1]), durch Arrogation desselben [2]), endlich durch Volljährigkeit [3]) des Pfleglings oder Erlangung der venia aetatis [4]).

Die Person des Vormunds ändert sich, ohne daß die Vormundschaft aufhört, wenn der bisherige Vormund stirbt [5]), oder unfähig wird, oder sein Amt mit Bewilligung der Obrigkeit niederlegt (§. 494); wenn die Ernennung des Vormunds im Testamente unter einer Resolutivbedingung oder unter Bestimmung eines Endtermines geschah, und die Resolutivbedingung oder der Endtermin eintritt [6]); ferner wenn die Mutter (oder Großmutter), welche die Vormundschaft geführt hat, sich wieder verehelicht [7]); endlich wenn der Vormund abgesetzt oder entfernt wird.

Die Absetzung oder Entfernung (remotio) eines Vormunds kann von der Obervormundschaftsbehörde nicht nur wegen absichtlicher Verletzung des Pfleglings, sondern auch wegen großer Nachlässigkeit, Ungeschicklichkeit und insbesondere auch wegen unsittlicher Aufführung des Vormunds verfügt werden [8]). Die Obervormundschaftsbehörde hat das Recht und die Pflicht, im Falle entstehenden Verdachtes von Amtswegen eine Untersuchung über die Verwaltung des Vormunds vorzunehmen, und nach Befund der Sache, wenn es das Interesse des Pfleglings fordert, die Entfernung desselben zu bewirken. Indessen ist Jedermann, wer immer Antheil an dem

---

1) §. 3 Inst. qu. mod. tut. fin. (1, 22).

2) §. 1, 4 Inst. qu. mod. tut. fin. (1, 22).

3) Die bloße Mündigkeit, welche bei den Römern die Gränze zwischen der tutela und cura bildet, bewirkt heutzutage keinen Abschnitt. Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 §. 1.

4) Tit. Cod. de his, qui veniam aetatis impetraverunt (2, 45). Vgl. jedoch §. 505 a. E.

5) §. 3 Inst. cit.; fr. 16 §. 1 de tut. (26, 1).

6) §. 2, 5 Inst. eod.

7) Nov. 94 cap. 2.

8) §. 5 Inst. de susp. tut. vel cur. (1, 26); fr. 3 §. 5, 12, 14, 17, 18, fr. 7 §. 1, 2 eod. (26, 10); C. 5 eod. (5, 43).

Pflegling nimmt, befugt, Pflichtwidrigkeiten des Vormunds oder überhaupt Mängel seiner Verwaltung bei der Obrigkeit zur Anzeige zu bringen, und nähere Nachforschung der Sache und in Folge dessen die Entfernung des Vormunds zu beantragen [9]). Mitvormünder, welchen die Aufsicht über die Geschäftsführung ihres Collegen obliegt, sind sogar zur Anzeige bei der Obrigkeit bei eigener Verantwortlichkeit verpflichtet [10]).

Interimistische Vormundschaften endigen mit Wegfallen der Veranlassung; Vormundschaften für einzelne Geschäfte, wenn letztere abgeschlossen, bez. zur Erfüllung gekommen sind.

## §. 501.

## C. Von der Führung der Vormundschaft.

### 1) Allgemeine Bemerkungen.

Die Vormundschaft umfaßt Obhut und Sorgfalt sowohl für die Person des Pfleglings, als für dessen Vermögen [1]). Insbesondere ist der Vormund nach beiden Gesichtspunkten Vertreter und Vertheidiger des Pfleglings vor Gericht [2]). Er ist verpflichtet, sein Amt mit der in eigenen Angelegenheiten gewohnten Sorgfalt zu führen [3]), und der Obervormundschaftsbehörde jährlich Rechnung dar-

---

9) §. 3 Inst. eod.; fr. 1 §. 6, 7 eod.

10) Fr. 3 §. 2 de adm. et per. (26, 7); fr. 5 de susp. tut. (26, 10); fr. 1 §. 15 de tut. et rat. distr. (27, 3).

1) Ueber den Satz: „Tutor personae datur, curator rei“ — vgl. Savigny, Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung S. 103 ff. Vergl. die Allegate zu §. 492 Note 3.

2) Fr. 30 de admin. et per. (26, 7): „Tutoris praecipuum est officium, ne indefensum pupillum relinquat.“ C. 28 eod. (5, 37). Vergl. C. 6 eod. Von dem Falle, wenn der Gegner die Minderjährigkeit des von dem Vormund Vertretenen beanstandet, — s. Seufferts Archiv IV, Nr. 128. Der Vormund kann Eide für den Pflegling ableisten — fr. 4 pr. de in litem jur. (12, 3).

3) Fr. 1 pr. de tut. et rat. distr. (27, 3). Nov. 72 cap. 8. In Ansehung einiger Geschäfte und Verhältnisse (§. 506 Note 1, 11) haftet der Vormund nur für dolus und culpa lata. Fr. 7 §. 2 de adm. et per. (26, 7); C. 2 arbitr. tut. (5, 51). S. aber §. 97 lit. b, $\gamma$, und §. 99 Note 6. Vgl. übrigens C. 3—5 de per. tut. et curat. (5, 38); auch fr. 53 §. 3 de furtis

über abzulegen [4]). Diese Verbindlichkeit zur Rechnungsablage kann in Ansehung der künftigen Verwaltung nicht einmal vom Vater des Pfleglings erlassen werden [5]).

Großjährigen männlichen Erben eines Vormunds liegt ob, die von demselben begonnenen Geschäfte zu beenden [6]); im Uebrigen können die Erben wegen bloß geringer Versehen (ihres Erblassers oder eigener) nicht in Anspruch genommen werden [7]).

## §. 502.

### 2) Von der Vertretung der Person des Pfleglings bei rechtlichen Geschäften.

Minderjährige können sich ohne Consens des Vormunds durch Eingehung eines Rechtsgeschäftes [1]) nicht verbindlich machen (s. oben §. 257); wohl aber acceptiren, was lediglich zu ihrem Vortheil und Gewinn gereicht [1a]). Hingegen kann der Vormund für sie, und zwar ohne ihre Zustimmung und ohne sie bei dem Rechtsacte selbst zuzuziehen [2]), Geschäfte mit Dritten eingehen, und dem Pflegling hierdurch nicht nur Rechte erwerben, sondern auch ihn wirksam verbinden [3]). Nur ist es im Gebrauche, daß bereits erwachsene, an

---

(47, 2), nach welchem die Beschränkung der Haftung auf diligentia quam suis wegfällt, wenn der Vormund durch freien Entschluß die Uebertragung der ganzen Verwaltung nachgesucht hat, wo ihn an sich nur ein Theil getroffen hätte.

4) Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 32 §. 3. Nach römischem Rechte wurde nur am Ende der Vormundschaft Rechnung abgelegt. Fr. 1 §. 3 de tut. et rat. distrah. (27, 3); C. 7 qui pet. tut. (5, 31).

5) Fr. 5 §. 7 de adm. et per. (26, 7).

6) Fr. 1 de fidej. et nominat. (27, 7). Vgl. fr. 4, 8 eod.

7) C. 1 de her. tut. vel cur. (5, 54): „Si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit.“ Vgl. fr. 39 §. 6 de adm. et per.; fr. 4 §. 1 de fidej. et nom. — Seufferts Archiv IV, Nr. 116.

1) Daß ein Rechtsgeschäft zunächst die Person betrifft, macht keinen Unterschied. Kraut, die Vormundschaft Bd. II. S. 110.

1a) Fr. 28 de pactis (2, 14).

2) Ueber das römische Recht vgl. v. Löhr im Mag. III, S. 41 ff.

3) Wiefern solche Verbindlichmachung durch Genehmigung der Obrigkeit bedingt sey, ist aus den folgenden §. 505, 506 zu entnehmen. — Nimmt

Verstandesbildung reife Pfleglinge bei wichtigeren Angelegenheiten um ihre Willensmeinung gefragt werden[4]), oder auch den Consens des Vormunds, zur Eingehung gewisser Kategorien künftiger Geschäfte, im Voraus erhalten[5]).

## §. 503.

### 3) Von den einzelnen Geschäftszweigen der Vormundschaft.

#### a) Sorge für Unterhalt und Erziehung des Pfleglings.

Der Vormund hat für den Unterhalt und die Erziehung des Pfleglings Sorge zu tragen. Hierbei kommt es in Frage, bei wem sich der Pflegling aufhalten, unter wessen Aufsicht die Erziehung geschehen, in welcher Art und mit welchem Aufwande Unterhalt und Erziehung bewirkt werden sollen.

---

der Vormund für den Pflegling ein Darlehen auf, so muß der Darleiher zur Begründung der Klage gegen den Pflegling beweisen, daß das aufgenommene Geld dem Vermögen des Pfleglings zu Gute gekommen sey (in rem minoris pecuniam profectam esse). C. 3 quando ex facto tutela (5, 39). Nov. 120 cap. 6 §. 3. Vergleiche indessen A. D. Weber, von der Beweisführung VI, Nr. 11. Glück, Commentar XII, S. 54. — Durch Interpellation an den Vormund wird der Pflegling in Verzug versetzt — fr. 24 de V. O. (45, 1). — Begeht der Vormund bei der Geschäftsführung Widerrechtlichkeiten, so soll daraus dem Pflegling weder Vortheil noch Nachtheil erwachsen; er ist deßhalb der Klage des Beschädigten nur insofern unterworfen, als er aus dem Vergehen des Vormunds einen Gewinn gemacht hat. Fr. 3, 4 quando ex facto tut. (26, 9); fr. 61 de admin. tut. (26, 7); fr. 15 pr. de dolo (4, 3).

4) Mühlenbruch, Pandekten §. 592 a. E. Puchta, Vorl. zu §. 347. — Der Vormund wird dadurch nicht gebunden, noch seiner Verantwortlichkeit enthoben.

5) Schickt z. B. der Vater (oder Vormund) seinen erwachsenen minderjährigen Sohn (oder Pflegling) auf die Universität (oder auf die Wanderschaft), so muß dieser zur selbstständigen Eingehung aller derjenigen Geschäfte befähigt erachtet werden, welche ein solcher Aufenthalt oder Beruf in der Fremde mit sich bringt, jedoch nach Maßgabe der in den Statuten des Universitätsortes, resp. den Universitätssatzungen, darüber enthaltenen Vorschriften.

Vor Allem ist in Ansehung dieser Punkte auf die Willensmeinung des Vaters Rücksicht zu nehmen [1]). Hat sich der Vater nicht geäußert, oder ist dessen Verfügung nach gehöriger Prüfung als unzweckmäßig befunden, so hat der Vormund die Entscheidung der Obrigkeit zu überlassen, und letztere nach Erwägung aller Verhältnisse, insbesondere des Standes und Vermögens, die geeignete Bestimmung zu treffen [2]). Die Erziehung ist zunächst, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen, der Mutter des Pfleglings anzuvertrauen [2a]), und wenn diese nicht mehr lebt oder für untüchtig gehalten wird, den nächsten Verwandten, welche zur Uebernahme der Erziehung nach Befinden der Umstände sogar gezwungen werden können [3]). Ist der Vormund nur im Allgemeinen beauftragt, den nothwendigen Aufwand für Unterhalt und Erziehung zu machen, so ist er gleichwohl auch, wofern die Kräfte des Vermögens zureichen, zu allen Ausgaben ermächtigt, welche die Würde der Familie und der Anstand erfordern [4]). Bei Festsetzung der jährlichen Ausgaben darf keineswegs davon ausgegangen werden, daß nur das Vermögenscapital zu erhalten sey, sondern, sofern es seyn kann, soll auch darauf Bedacht genommen werden, aus den Renten durch Ersparen das Capital zu erhöhen [5]). Auf der anderen Seite darf der Vormund, wenn es das Interesse des Pfleglings erfordert, selbst das Capital angreifen und ganz und gar ausgeben [6]).

---

1) Fr. 1 §. 1, fr. 2 §. 3 ubi pupillus educari (27, 2). Vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 276 (die Stiefmutter vom Vater letztwillig zur Erziehung bestellt).

2) Fr. 1 §. 1, fr. 2 §. 2, fr. 3, 5 eod.

2a) Gegen die Vorschrift des röm. Rechts (C. 1 ubi pupilli educari debeant; Nov. 22 §. 38) pflegt man heutzutage die Erziehung der Mündel auch einer zur zweiten Ehe geschrittenen Mutter, sofern nicht besondere Bedenken obwalten, anzuvertrauen. Seufferts Archiv III, 274. — Ueber die uneheliche Mutter, nach ihrer Verheirathung, bezüglich der Erziehung des Kindes — ebd. Nr. 275. Es kommt auf Ermessen der Obrigkeit an.

3) Fr. 1 §. 2 eod. Vgl. C. 1, 2 eod. (5, 49). Nov. 22 cap. 38.

4) Fr. 12 §. 3, fr. 14 pr. de adm. et per. (26, 7). Vgl. fr. 4 ubi pup. educ. (27, 2).

5) Fr. 3 §. 1 eod.

6) Arg. fr. 3 pr. de contrar. tut. act. (27, 4).

## §. 504.

### b) Verwaltung des Vermögens.

#### α) Im Allgemeinen.

Die vormundschaftliche Verwaltung hat die Erhaltung, gehörige Bewirthschaftung und nach Thunlichkeit auch die Vermehrung [1]) des Vermögens zur Aufgabe. Sie bethätigt sich in Wirthschaftsanordnungen, Anschaffungen und sonstigen Erwerbshandlungen [2]), Veräußerungen [3]), Eincassirung von Forderungen [4]) und Bezahlung von Schulden [5]), Ausleihung von Geldern (§. 506), Eingehung von Verträgen jeder Art [6]) u. s. w. Nur verschenken darf der Vormund Nichts, es sey denn der Sitte gemäß, oder in Erfüllung der Pflicht verwandtschaftlicher Pietät [7]). — Durch Verwaltungsvorschriften des Vaters ist der Vormund weder gebunden noch entschuldigt, was auch von Veräußerung solcher Sachen gilt, welche sich ohne Scha-

---

1) Zu einer gewinnversprechenden industriellen Erwerbsthätigkeit ist der Vormund als solcher für den Pflegling nicht verbunden. Fr. 47 §. 6 vergl. mit fr. 58 pr. de adm. tut. (26, 7). Ein Anderes (bemerkt Puchta, Pand. §. 349 Note d) ist die Sorge für die Fortführung eines Gewerbes, das einen Bestandtheil des Vermögens ausmacht, durch Geschäftsführer.

2) Fr. 1 §. 20 de adqu. poss. (41, 2); fr. 13 §. 1 de adqu. rer. dom. (41, 1). Vgl. unten §. 506, 566.

3) Fr. 12 §. 1 de adm. tut. (26, 7). Vgl. §. 505.

4) Fr. 46 §. 7 eod. S. unten §. 506.

5) Insbesondere soll der Vormund auf Abtragung solcher Schulden bedacht seyn, die wegen hoher Zinsen besonders drückend sind. Fr. 5 §. 9 de rebus eorum (27, 9). Vergl. fr. 5 §. 13, 14 eod. C. 12 eod. (5, 71); ferner fr. 9 §. 5, 6 de admin. tut. Der Vormund braucht bei Zahlung von Schulden des Pfleglings, wenn Geld vorräthig, die Klage des Gläubigers nicht abzuwarten.

6) Fr. 22 de adm. tut. (26, 7); fr. 28 §. 1 de pactis (2, 14); fr. 11 §. 6 de pign. act. (13, 7).

7) Fr. 22 cit. Vergleiche fr. 13 §. 2 eodem: „Aliud est, si forte matri aut sorori pupilli ea, quae ad victum necessaria sunt, praestiterit, cum semetipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est.“ Vergleiche fr. 12 §. 3 eodem: „Solennia munera parentibus cognatisque mittet: sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter nubere non possit.“ S. auch fr. 1 §. 2, 4—6 de tut. et rat. distr. (27, 3).

dens-Gefahr nicht behalten lassen[8]). — Bei gewissen Handlungen ist der Vormund an die Genehmigung der Obrigkeit gebunden (siehe §. 505, 506).

Was zum Amte des Vormunds gehört, darf die Obrigkeit nicht selbst, ohne jenen zuzuziehen, besorgen[9]). Wenn jedoch unter Umständen, welche positives Handeln erheischen, bezüglich einer dem obervormundschaftlichen Consense unterliegenden Verwaltungs- resp. Vertretungshandlung die Meinungen des Vormunds und der Obrigkeit auseinandergehen, so gibt letztere den Ausschlag[10]), und die fragliche Handlung, z. B. Vertragseingehung, kann von der Obrigkeit selbst vorgenommen werden — vgl. §. 510 Note 6; vorbehaltlich der Beschwerdeführung des Vormunds an die vorgesetzte Behörde[11]).

## §. 505.

### β) Insbesondere.

#### a) Von Veräußerungen aus dem Mündelvermögen[1]).

Die Veräußerungsbefugniß des Vormunds ist beschränkt auf unbedeutende, nicht wohl aufbewahrbare Gegenstände[2]), auf Naturalfrüchte des Mündelgutes und auf das zur Befriedigung der laufenden Ausgaben erforderliche Baargeld[3]).

---

8) Fr. 5 §. 8, 9 de adm. tut.

9) Vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 198.

10) Kreittmayr, Anmerk. z. bayer. L.-R. Th. I. Cap. 7 §. 17 Nr. 5. Glück im Comment. XXX, S. 469. Kraut, Vormundschaft Bd. II. S. 95—96. — Vergl. indessen Lauterbach, Collegium theor.-pract. Lib. XXVI. Tit. VIII. §. 4, 9.

11) Durch abändernde Verfügung der Oberbehörde kann z. B. die Wiederaufhebung eines Vertrages, welchen das obervormundschaftliche Amt für den Pflegling abgeschlossen hat, herbeigeführt werden, worauf der mit der Obrigkeit gegen den Antrag des Vormunds contrahirende Dritte gefaßt seyn muß.

1) Ueber Statuten-Collision in dieser Beziehung vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 2. — Der Ausdruck „Veräußerung" im Verlaufe dieses §en umfaßt auch die Belastung.

2) Diese alsbald zu veräußern, ist der Vormund verpflichtet. Fr. 7 §. 1 de adm. tut. (26, 7). S. §. 504 zu Note 8.

3) C. 22, 28 §. 5 eod. (5, 37); C. ult. quando decret. (5, 72).

Handelt es sich sonst um Veräußerung, insbesondere von Liegenschaften oder Gerechtigkeiten [4]), um Aufgeben dinglicher Berechtigungen [5]), um Abtretung von Forderungen [6]) oder um außergewöhnliche Geldausgaben [7]), insbesondere Capital-Anlagen (hierüber s. den folg. §.), so ist hierzu die obrigkeitliche Ermächtigung einzuholen [8]), und zwar, sofern eine Besitzung in Frage ist, für welche die Obrigkeit der gelegenen Sache einen Specialvormund aufgestellt hat (§. 492 Note 2), die Ermächtigung dieser Behörde; außerdem die der ordentlichen Obervormundschaft. Die zuständige Behörde soll eine genaue Prüfung vornehmen und die Ermächtigung nur aus Gründen dringenden Bedürfnisses oder offenbaren Nutzens ertheilen [9]). Kann man dem Bedürfnisse durch Verpfändung genügen, so soll Veräußerung nicht stattfinden [10]). Kommt es zur Veräußerung, so sind derselben vorerst nur diejenigen Sachen zu unterwerfen, deren Beibehaltung dem Pflegling minder vortheilhaft wäre [11]).

Ist eine Veräußerung ohne obrigkeitliches Decret geschehen, oder dieses durch falsche Vorstellungen erschlichen [12]), oder von dem

---

4) Fr. 1 §. 2, fr. 3 §. 4 sequ., fr. 4, 5 pr. §. 1—3 de rebus eorum (27, 9); C. 13, 17 de praed. min. (5, 71).

5) Fr. 5 §. 8 de reb. eorum vgl. mit fr. 3 §. 5 eod.

6) Mühlenbruch, Cession §. 41. Glück, Comm. XXX, S. 329.

7) Auch die Hingabe von Baarschaften bei Ankäufen enthält eine Veräußerung derselben. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 351.

8) C. 22, 28 §. 5 de admin. tut. (5, 37). Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 §. 3. Vgl. fr. 1 §. 2 de rebus eorum (27, 9). — Von Veräußerungen an den Vormund s. §. 507 Note 8.

9) Nach römischem Rechte sollte die obrigkeitliche Veräußerungserlaubniß nur aus Gründen der Nothwendigkeit ertheilt werden. Fr. 5 §. 9, 13, 14, fr. 13 pr. de reb. eorum. C. 12 de praed. min.; C. 22 pr. de adm. tut. (5, 37). Vergl. fr. 61 §. 1 de jure dot. (23, 3). S. aber Kraut, die Vormundschaft II, §. 56 S. 145: man sey wohl berechtigt, in dem Zusammenstimmen der Partikularrechte (über Zulässigkeit der Veräußerungserlaubniß wegen offenbaren Nutzens) die Anerkennung eines deutschen gemeinen, von dem römischen Rechte abweichenden Gewohnheitsrechts zu finden. — S. auch Seufferts Archiv III, Nr. 344.

10) Fr. 5 §. 10, fr. 7 §. 4 de rebus eorum.

11) Fr. 5 §. 9 eodem; C. 22 de adm. tut. (5, 37).

12) Fr. 5 §. 15 eod. C. 5 de praed. min. (5, 71).

Vormund nicht eingehalten worden [13]), so ist die Veräußerung nichtig, und der Pflegling kann die veräußerte Sache von jedem Besitzer vindiciren [14]), wobei ihm nur die Erstattung Dessen obliegt, was ihm durch die Veräußerung zu Gute gekommen ist [15]). Der Beklagte hat im Falle Widerspruches darzuthun, daß ein obrigkeitliches Genehmigungsdecret erlassen worden; wogegen der Pflegling, der die von der Obervormundschaft genehmigte Veräußerung anficht, den Beweis führen muß, daß bei derselben die gesetzlichen Erfordernisse nicht eingehalten worden [16]). Das Veräußerungsverbot erstreckt sich nur auf Fälle freiwilliger Veräußerung. Daher ist ein obrigkeitliches Decret nicht erforderlich, wenn die Veräußerung auf Anforderung eines Dritten erfolgte, der dazu z. B. als Gläubiger oder Miteigenthümer berechtigt war [17]); wenn für den Mündel durch Pfandbestellung cavirt werden mußte [18]); ferner wenn einem Gläubiger ein Pfandrecht bestellt wurde, welcher das Geld zur Abfindung eines anderen Pfandgläubigers hergab [19]).

Ausnahmsweise ist die ohne obrigkeitliches Decret vorgenommene Veräußerung rechtsbeständig, wenn der Vater des Pfleglings oder Derjenige, von dem die Güter herrühren, die Veräußerung ausdrücklich erlaubt hat [20]); wenn der Regent die Erlaubniß ertheilt [21]); endlich wenn der Vormund eine dem Pflegling verpfändete Sache, um dessen Forderung zu befriedigen, distrahirt [22]).

13) Fr. 7 §. 3 eod. C. 2 si quis ignorans (5, 73).

14) Fr. 5 §. 15 eod.; C. 15 de praediis et aliis rebus minorum (5, 71).

15) C. 10, 16 eod.

16) Fr. 1 §. 2, fr. 5 §. 15 de reb. eorum (27, 9); C. 5 de praed. min. (5, 71); C. 2 siquis ign. (5, 73). Vergl. Weber, von der Beweisführung VI, Nr. 32. v. Löhr im Mag. III, 16 Nr. 9. S. indessen fr. 13 §. 2 de publ. in rem act. (6, 2).

17) Fr. 1 §. 2, fr. 5 §. 6, fr. 7 §. 1 de reb. eorum (27, 9); C. 15 de praed. min. (5, 71).

18) C. 28 §. 3 de adm. tut. (5, 37). Vgl. fr. 3 pr. de reb. eorum.

19) Fr. 7 §. 5 eod.

20) Fr. 1 §. 2, fr. 14 de reb. eorum (27, 9); C. 3 quando decret. opus non est (5, 72).

21) C. 2 eod.

22) Fr. 5 §. 3 de reb. eorum (27, 9).

Die ungiltig geschehene Veräußerung convalescirt, wenn der Pflegling dieselbe nach erlangter Volljährigkeit ratihabirt[23]), oder doch von dieser Zeit an bei onerosen Veräußerungen 5 Jahre, bei lucrativen, je nachdem der Zeitablauf unter Gegenwärtigen oder Abwesenden stattfand, 10 oder 20 Jahre lang die Anfechtung unterlassen[24]), oder seine Schadloshaltung bei dem Vormund gesucht und erlangt hat[25]); wenn ferner der Pflegling den Vormund oder dieser jenen beerbt[26]).

Noch ist zu bemerken, daß auch die Erlangung der venia aetatis das Erforderniß des obrigkeitlichen Decrets (abgesehen von besonderer Concession des Regenten) bei Veräußerung von Immobilien nicht beseitigt[27]).

## §. 506.

### *b)* Von der Amtsführung in Ansehung von Baarschaften und Capitalien.

Verfügbare, für die Befriedigung der laufenden Bedürfnisse des Pfleglings nicht erforderliche Baarschaften sind entweder zum Ankauf von Immobilien[1]) oder guten Werthpapieren[2]) zu verwenden, oder verzinslich gegen gehörige Sicherheit auszuleihen[3]). Jene

---

23) C. 2 si major factus (5, 74).

24) C. 1—3 si quis ignor. (5, 73); C. 3 si major factus (5, 74). Für den minderjährigen Erben des Bevormundeten beginnt der Lauf der angegebenen Fristen erst mit dem Eintritte der eigenen Großjährigkeit.

25) Fr. 10 de reb. eorum.

26) C. 14 de rei vind. (3, 32); C. 3 de reb. alienis (4, 51); C. 14 de evict. (8, 45).

27) C. 3 de his qui veniam aetatis (2, 45).

1) Fr. 3 §. 2, fr. 5 pr., fr. 7 §. 3, 7 de admin. tut. (26, 7); C. 24 eodem (5, 37); vgl. fr. 7 §. 2 eod.: „. . . si praedia comparaverint non idonea, . . . certe quis dixerit, *solam latam negligentiam* eos praestare.“ Hasse, die Culpa §. 73.

2) Inländische Staatspapiere, Bankactien. Vergl. Kraut, Vormundschaft Bd. 2 §. 55.

3) Fr. 7 §. 11, fr. 13 §. 1, fr. 15, fr. 50 de admin. tut. (26, 7). C. 3 de usur. pupill. (5, 56). — Justinian hat dem Vormund auch gestattet, die baaren Gelder ungenützt zu hinterlegen und aufzubewahren. Nov. 72 cap. 6. Allein diese Verordnung ist bei uns nicht in Uebung. Glück, Comm. XXX, S. 315 f.

Verwendung kann nur mit Zustimmung der Obrigkeit geschehen (§. 505), und es ist folgerecht, wenn die Praxis diese auch für Darlehen aus den Vormundsgeldern verlangt [4]). Schuldvolle Säumniß in Betreibung solcher Verwendung oder Anlegung verpflichtet den Vormund zur Zahlung von Zinsen [5]); seine Unthätigkeit in dieser Beziehung wird als eine schuldvolle vermuthet, wenn sie bei Geldern, welche zur Zeit des Amtsantrittes vorräthig waren, sechs, bei später eingegangenen zwei Monate gedauert hat [6]).

Gleiche Verbindlichkeit zur Zinszahlung trifft ihn, wenn er fällige Gelder zur rechten Zeit einzutreiben versäumt [7]). Es kann jedoch der Regel nach ohne Decret der Obrigkeit keine Zahlung an den Vormund giltig geleistet werden [8]). Ausnahmsweise ist das Decret nicht vonnöthen, wenn es sich von Zahlungen wiederkehrender Renten und Gefälle handelt, oder Zinsen nicht über den Betrag von 100 Ducaten, und sofern solche nicht über zwei Jahre rückständig sind, entrichtet werden [9]).

Der Vormund ist verpflichtet, über die Vermögensumstände der Schuldner seines Pfleglings zu wachen [10]). In Ansehung der Capitalien, welche schon bei Uebernahme der Vormundschaft vorhanden, z. B. vom Vater des Pfleglings ausgeliehen waren, haftet er nur wegen (gegen ihn zu beweisenden) groben Verschuldens [11]).

---

4) Die Gesetze stellen das Erforderniß des obrigkeitlichen Consenses für Darlehen aus Vormundschaftsgeldern nicht besonders auf. Vgl. die Allegate der vorigen Note. Glück a. a. O. S. 329 Note 27. Aber mit gutem Grund bemerkt Puchta (Vorl. zu §. 351), daß die von Veräußerungen überhaupt geltende Vorschrift auch diesen Fall umfasse.

5) Vgl. die Allegate der Note 3. Der Vormund gilt als säumig, wenn er seine eigenen Gelder vortheilhaft angelegt hat. Fr. 13 §. 1 cit.

6) Vgl. die Allegate der Note 3.

7) Fr. 7 §. 11, fr. 58 §. 4 de adm. tut.

8) C. 25 de adm. tut. (5, 37). Ist ohne Decret gezahlt, und der Vormund vergeudet, so muß der Schuldner noch einmal zahlen. §. 2 Inst. quib. alienare licet (2, 8). Die Praxis erkennt Zahlungen an den Vormund, auch ohne obrigkeitliches Decret geleistet, als gültig an. S. Seufferts Archiv I, Nr. 251.

9) C. 25, 27 de adm. tut. (5, 37).

10) Fr. 15 vgl. mit fr. 30 de adm. tut.

11) C. 2 arbitrium tutelae (5, 51).

Ist aber das in Folge unterlassener Eintreibung verlorene Capital erst unter der Amtsführung und auf Antrag des Vormunds ausgeliehen worden, so ist es seine Sache, zu beweisen, daß er bei dem Ausleihen mit aller ihm obliegenden Vorsicht zu Werke gegangen sey, und daß er fortwährend Ursache gehabt, die ausstehende Forderung für gesichert zu halten [12]).

Verwendet der Vormund Gelder des Pfleglings unredlicher Weise zu eigenem Gebrauch und Nutzen, so muß er zwölf Procent Zinsen zahlen [13]); landesübliche bei einer mit Zustimmung der Obrigkeit oder überhaupt offen geschehenen Verwendung [14]). Hat der Vormund mit dem Gelde des Pfleglings für sich ein Capital belegt, oder Sachen dafür angekauft, so steht gleichwohl dem Pflegling zur Geltendmachung der Forderung eine actio utilis zu, und er kann die erworbene Sache vindiciren [15]).

---

12) Vgl. fr. 15 de adm. tut. mit fr. 11 de probat. (22, 3).

13) Fr. 38 de negot. gest. (3, 5); fr. 7 §. 4. fr. 54 de admin. tut. (26, 7); C. 3 arbitr. tut. (5, 51). Kraut a. a. O. S 141 beanstandet die praktische Geltung dieser Vorschrift, von welcher übrigens eine weit verbreitete Meinung annimmt, sie habe (gleich der in §. 343 lit. a vorgekommenen) dem neuesten röm. Rechte nicht mehr angehört. Vergl Puchta, Pand. §. 228 Note aa. S. indessen Göschen, Vorles. Bd. 3 S. 116. Man muß es allerdings für bedenklich halten, in der durch die Härte der früheren Regel motivirten Einführung einer neuen, milderen Regel (C. 26 de usuris 4, 32) die Entkräftung einer besonderen Vorschrift zu finden, welche nicht bloß als Folgesatz der älteren Regel ausgesprochen ist, sondern als eigenthümliche Strafbestimmung erscheint. Fr. 38 cit.: „Licentia, qua videntur abuti maximis usuris, *vice cujusdam poenae* subjiciuntur.“ Justinian hat in seine Sammlung mehrere Stellen aufgenommen, welche den Gegensatz zwischen redlicher und unredlicher Verwendung von Verwaltungsgeldern gerade in Bezug auf die Zinsverbindlichkeit scharf betonen; man kann nicht annehmen, daß dieser Gegensatz durch die Const. 26 cit. verwischt werden wollte, um so weniger, als derselbe Gründe der Gerechtigkeit für sich hat. Vergl. A. D. Weber, Versuche S. 248. Daß die Zuerkennung von 12 Procent Zinsen in Fällen solcher Art der deutschen Praxis keineswegs fremd sey, darüber s. oben §. 282 Note 8.

14) Fr. 9 §. 7, fr. 54 de adm. tut., wo insbesondere von Capitalien die Rede ist, welche der Vormund offen bei sich selbst für den Pflegling angelegt hat.

15) Fr. 2 quando ex facto tut. (26, 9); C. 2 eod. (5, 39).

§. 507.

## D. Von der Concurrenz mehrerer Vormünder.

### 1) Von Interimsvormündern und Vormündern für einzelne Geschäfte[1]).

Die Bestellung von Interimsvormündern findet statt, wenn der ordentliche Vormund abwesend ist[2]), oder die Amtsführung einige Zeit hindurch vermöge einer gesetzlichen Entschuldigungs-Ursache aussetzt[3]), oder wenn seine Entfernung in Frage und hierüber eine amtliche Untersuchung eingeleitet ist[4]). Siehe auch oben §. 494 Note 13.

Für einzelne Zweige der Amtsführung erfolgt die Bestellung eines Specialvormunds, wenn Vermögenstheile weit entlegen sind[5]), oder der Umfang und die Beschaffenheit des zu verwaltenden Vermögens besondere Fürsorge für einzelne Bestandtheile nothwendig oder räthlich macht[6]), oder widrige Gesundheitsumstände oder vorgerücktes Alter dem ordentlichen Vormund Anspruch auf Erleichterung geben[7]).

Kommt der Pflegling in besondere Rechtsverhältnisse zu seinem Vormund, so liegt es in der Natur der Sache, daß ihm hierzu ein anderer Vertreter bestellt werden müsse[8]).

---

1) v. Löhr im Mag. III, Nr. 13.

2) C. 1 in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti (5, 36); §. 2 Inst. de excus. (1, 25).

3) Fr. 15, 16 de tut. et cur. dat. (26, 5).

4) C. 6, 7 de susp. tut (5, 43); fr. 9 eod. (26, 10).

5) C. 3 in quibus casibus (5, 36).

6) C. 5 eod.

7) Fr. 13 pr. de tut. (26, 1).

8) Fr. 21 §. 2 de excus. (27, 1); §. 3 Inst. de auct. tut (1, 21). Will ein Vormund vom Pflegling Etwas kaufen, was offen und bona fide geschehend zulässig ist, so wird eine andere Person (Mitvormund, Specialvormund, Pfandgläubiger) als Verkäufer vorausgesetzt. Vgl. fr. 5 §. 2—6, fr. 6 de auct. tut. (26, 8) mit C. 5 de contr. emt. (4, 38).

## §. 508.

### 2) Von Mitvormündern.

Wenn mehrere Personen eine Vormundschaft gemeinschaftlich zu führen haben, so heißen sie Mitvormünder (contutores). Mehrere Mitvormünder sind jedenfalls verbunden, sich gegenseitig soviel als möglich zu controliren, und im Falle wahrgenommener Pflichtwidrigkeit des Collegen der Obrigkeit Anzeige zu machen [1]). Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

1) Ist eine Abtheilung der Verwaltung nicht geschehen, so kann jeder der Mitvormünder allein handeln [2]), sofern nicht ein anderer widerspricht [3]). Jeder Einzelne ist in solidum verantwortlich, selbst wegen Versehen, die ohne seine Concurrenz von dem Anderen begangen sind [4]) (s. jedoch unten §. 511). Ist

2) von der Obrigkeit oder durch das Testament des Vaters [5]) eine Abtheilung nach Geschäftszweigen oder nach Bezirken gemacht, so ist jeder nur in seiner Sphäre zu handeln befugt [6]), und nur in dieser verantwortlich, sofern ihn nicht der Vorwurf trifft, eine dem Pflegling von Seite eines der Mitvormünder drohende Gefährde der Obrigkeit schuldvoller Weise nicht angezeigt zu haben [7]). Ist die Geschäftstheilung bloß durch Verabredung der mehreren Mitvormünder gemacht, so wird dadurch die solidarische Haftung der Einzelnen nicht gemindert [8]).

3) Das Verhältniß der mehreren Mitvormünder kann auch so bestimmt seyn, daß bloß einer oder einige die Verwaltung führen,

---

1) Fr. 3 §. 2, fr. 55 pr. §. 3 de adm. tut. (26, 7); fr. 5 de mag. conven. (27, 8); C. 2 de div. tut. (5, 52).

2) Fr. 3 pr., fr. 24 §. 1 de admin. tut. (26, 7). Ausnahme für ein die Vormundschaft beendigendes Geschäft (Zustimmung zur Arrogation des Pfleglings) — s. C. 5 de auctor. (5, 59).

3) Fr. 7 §. 3 de cur. furioso (27, 10).

4) Fr. 55 pr. de adm. tut. Vgl. fr. 3 §. 8 eod.

5) C. 2 de divid. tut. (5, 52).

6) Fr. 51 de adm. tut ; C. 5 de auct. praest. (5, 59).

7) Fr. 55 pr. §. 3 in fine de admin. tut. (26, 7); Const. 2 dē divid. tut. (5, 52).

8) C. 2 in fine eod.

den anderen (tutores honorarii) eine Aufsicht und Controle obliegt[9]). Die Letzteren sind in solchem Falle nicht befugt, über Vornahme von Rechtsgeschäften oder anderen Verwaltungsacten Bestimmungen zu treffen[10]), wohl aber können sie bei Ausführung des vom tutor gerens Beschlossenen die Person des Pfleglings vertreten[11]).

Zu den tutores honorarii gehören auch diejenigen, von denen es in den Gesetzen heißt, daß sie „notitiae causa" bestellt seyen. Sie haben die besondere Aufgabe, dem verwaltenden Vormund in gewissen Angelegenheiten, in Ansehung welcher sie vorzügliche Kunde und Gewandtheit besitzen, mit gutem Rathe beizustehen. Dieser Aufgabe entspricht eine besondere Verantwortlichkeit für umsichtige und gewissenhafte Ertheilung ihres Rathes[12]).

§. 509.

## E. Von Obligationen und Klagen aus der Vormundschaft.

### 1) Zwischen Pflegling und Vormund.

Zwischen Pflegling und Vormund besteht von der Zeit an, da die Verantwortlichkeit des Letzteren beginnt[1]), ein vertragsähnliches Verhältniß (obligatio quasi ex contractu), aus welchem für den Pflegling die actio tutelae directa, für den Vormund die actio tutelae contraria entspringt[2]).

Die Klage des Pfleglings geht darauf, daß der Vormund Rechnung stelle (§. 501), das Vermögen herausgebe, von den ver-

---

9) Fr. 3 §. 2 de adm. tut.

10) Fr. 4 de auct. tut. (26, 8).

11) Vgl. fr. 49 de adqu. hered. (29, 2). Glück, Comm. XXIX, S. 84 f., XXXIII, S. 102 f. Puchta, Vorl. zu §. 352. Vangerow, Bd. I. §. 281. S. auch fr. 14 §. 1 de solut. (46, 3).

12) Fr. 32 §. 1 de test. tut. (26, 2); fr. 14 §. 6 de solut. (46, 3). C. 1 de per. tut. (5, 38).

1) Vgl. fr. 5 §. 10, fr. 58 §. 2 de adm. tut. (26, 7). C. 1 de testam. tut. (5, 28). Nach heutigem Rechte kann die Verantwortlichkeit (abgesehen von der Haftung für den Schaden, welchen Nichterfüllung der in §. 499 Note 1 erwähnten Obliegenheit verursachte) erst mit Insinuation des obrigkeitlichen Bestellungs- resp. Bestätigungsdecretes eintreten. S. oben §. 499.

2) §. 2 Inst. de obl. qu. quasi ex contr. (3, 28).

walteten Geldern (in den §. 506 angeführten Fällen) Zinsen zahle, und überhaupt jeden ihm zur Last fallenden Schaden vergüte[3]). Dieselbe findet gegen den Vormund auch dann statt, wenn er die Verwaltung durch einen Dritten führen ließ[4]); sie geht sowohl auf als gegen die Erben über[5]); ihre Anstellung ist aber durch Endigung der Vormundschaft bedingt[5a]).

Auf der anderen Seite ist der Pflegling verbunden, die zweckgemäßen Ausgaben, welche der Vormund aus seinem Vermögen für denselben gemacht hat, ohne Rücksicht auf den Erfolg[6]) mit Zinsen[7]) zu erstatten[8]). Eine Belohnung für seine Mühewaltung kann der Vormund in der Regel, abgesehen von Anordnungen des Vaters oder Erblassers des Pfleglings, nicht fordern[9]); indessen ist es eine in Deutschland sehr verbreitete Uebung, ihm auf Verlangen, wo die Umstände es als billig erscheinen lassen, ein nach dem Umfange seiner Bemühungen und den Einkünften des Pfleglings bemessenes Honorar von Seite der Obervormundschaft zu bewilligen, und dies zwar entweder von Jahr zu Jahr, oder im Ganzen nach Endigung der Vormundschaft[10]). Zur Geltendmachung

---

3) Fr. 1 pr. eodem; C. 9, 10 arbitr. tut. (5, 51).

4) Jedoch kann auch der Dritte als negotiorum gestor des Pfleglings belangt werden. C. 9 arbitr. tut. (5, 51); C. 2 si mater ind. (5, 46). Vgl. C. 24 de usuris (4, 32).

5) Fr. 1 §. 16, 17, 23 de tut. act. (27, 3). Vgl. fr. 39 §. 6 de adm. tut.; fr. 4 de mag. conv. (27, 8); C. 1 de her. tut. (5, 54). S. jedoch oben §. 501 a. E.

5a) Fr. 9 §. 4 de tut. act.

6) Fr. 3 §. 7 de contr. tut. act. (27, 4).

7) Fr. 3 §. 1 sequ. eod.

8) Fr. 3 pr. §. 8 eod.; C. 2 de alim. pup. praest. (5, 50).

9) Ueber das röm. Recht vgl. fr. 33 §. 3 de adm. tut. (26, 7) mit fr. 1 §. 6, 7 de tut. et rat. distr. (27, 3).

10) Kraut, die Vormundschaft II, §. 58. Vgl. Schweppe, röm. Pr.-R. §. 758: „Lebt der Vormund von seiner Arbeit, und hat also keine Zeit zur unentgeltlichen Besorgung der Verwaltungsgeschäfte übrig (besonders wenn diese zahlreich und bedeutend sind): so kann er eine billige Entschädigung verlangen; bezahlt werden aber müssen ihm besondere Geschäfte, welche er als Vormund nicht selbst zu übernehmen braucht, sondern von anderen geeigneten Personen versehen lassen könnte (z. B. Anwaltsgeschäfte, ärztliche Bemühungen).

dieser Forderungen dient dem Vormund (außer der Compensation) die actio tutelae contraria [11]).

## §. 510.

### 2) Haftung der Bürgen und der Obrigkeit.

Kann der Vormund nicht zahlen, so steht dem Pflegling die actio tutelae gegen die Bürgen des Vormunds zu [1]). Als solche haften auch die Affirmatoren, welche dessen Tüchtigkeit bezeugten [2]); zuletzt auch die Postulatoren [3]) und Nominatoren, welche den Vormund in Vorschlag brachten [4]).

Natürlich haften Affirmatoren, Postulatoren und Nominatoren nur insofern, als der Vormund schon zur Zeit des Vorschlags oder der Empfehlung dieser nicht würdig war [5]).

Erst nach allen diesen Personen [6]) haftet dem Pflegling die Obrigkeit, welcher die Obervormundschaft obliegt [7]). Die subsidiäre actio tutelae contra magistratum findet statt wegen jeden Versehens und Versäumnisses in der Bestellung des Vormunds, in der Aufsicht über dessen Geschäftsführung, in der Abforderung und Revision

---

11) Fr. 1 pr. §. 4 de contr. tut. act. (27, 4).

1) Fr. 3, 5, 6 de fidej. tut. (27, 7). Mehrere Mitbürgen desselben Vormunds haben das beneficium divisionis nicht. S. oben §. 385, 3 e.

2) Fr. 4 §. 3 de fidej. tut. (27, 7).

3) S. oben §. 498 zu Note 7.

4) C. 4 de mag. conv. (5, 75) vgl. mit fr. 2 de fidej. tut.

5) Arg. fr. 1 §. 11, 13 de mag. conv. (27, 8).

6) C. 1, 2, 5, 6 eod. Vgl. fr. 1 §. 2, 5, 9, 11—13, fr. 7, 8 de mag. conv. Auch der dritte Besitzer von Sachen, die sich früher in dem Vermögen des Vormunds befunden, und die daher dem Pflegling verpfändet sind, muß vorher ausgeklagt werden. C. 1 eod. Nov. 4 cap. 2. Natürlich haftet der Obervormund zunächst, wenn er nur die Schuld trägt, der Vormund aber außer Schuld ist. Hierher gehört insbesondere der oben §. 504 zu Note 10 erwähnte Fall, wenn die Obrigkeit, die Anträge des Vormunds verwerfend, das Interesse des Pfleglings schuldvoll verletzt.

7) Ist die Obervormundschaftsbehörde ein Collegium, so treten die oben §. 54 vorgetragenen Grundsätze in Wirksamkeit.

der Rechnungen, und überhaupt in der obliegenden Fürsorge für das Beste des Pfleglings [8]).

## §. 511.

### 3) Besondere Grundsätze für den Fall, wenn Einer von mehreren Vormündern belangt wird.

Von mehreren Mitvormündern, welche die Verwaltung ohne (von der Obrigkeit oder durch Testament des Vaters bestimmte) Abtheilung derselben gemeinschaftlich führten, kann jeder Einzelne in solidum belangt werden (s. §. 508 Nr. 1). Trifft den Beklagten der Vorwurf eines Dolus, so findet unbedingt die Verurtheilung auf das Ganze statt [1]). Außer diesem Falle hat

1) der Beklagte, wenn die Verletzung, welche den Grund der Klage ausmacht, zunächst aus einer Verwaltungshandlung [1a]) eines anderen Mitvormundes erfolgte, die Einrede der Excussion, kraft welcher der Kläger zur Vorausklagung des handelnden Mitvormunds verwiesen wird [2]). Ist jedoch dieser insolvent oder z. B. wegen Abwesenheit schwer zu belangen, so fällt die gedachte Einrede weg [3]). Nebstdem steht

2) dem Beklagten die Rechtswohlthat der **Theilung** zu, vermöge welcher der einzelne Mitvormund, wenn die übrigen zahlungsunfähig sind, nur für seinen Antheil (ex virili portione) verurtheilt wird [4]). Auch hat

---

8) Reichspolizeiordn. von 1577 Tit. 32 §. 3. Siehe Kind, Quaest. for. ed. II. Tom. III. caput 22. Weber, Erläuter. der Pandekten Th. II. S. 203, 204. Ueber die Beweislast vgl. fr. 1 §. 11, 13 de mag. conv. (27, 8).

1) Fr. 1 §. 14 de tut. et rat. distr. (27, 3).

1a) Von Fällen, wo durch Unterlassen geschadet worden, ist hier nicht die Rede. Vgl. fr. 39 §. 11, fr. 55 §. 3 de admin. et peric. (26, 7); C. 2 si tut. vel cur. (5, 55).

2) C. 3 de div. tut. (5, 52).

3) C. 3 cit. Hofacker, princ. §. 681. Die Einrede der Excussion soll auch dann wegfallen, wenn der Verklagte „satis a contutore accepit rem salvam pupilli futuram, eique permisit administrationem totius tutelae“. Fr. 55 §. 2 de adm. et per.

4) Fr. 1 §. 11, 12 de tut. act. (27, 3). Die Einrede der Theilung fällt weg,

3) der Mitvormund, welcher das Ganze allein gezahlt hat, den Regreß an seine Collegen[5]). Zu diesem Behufe ist der Pflegling die gegen Letztere begründete Klage an den zahlenden Vormund zu cediren verbunden; allein auch ohne vorgängige Cession kann derselbe sich zur Verfolgung seines Regreßanspruches der actio tutelae *utilis* bedienen, und genießt hierbei des gesetzlichen Pfandrechtes, welches dem Pflegling an dem Vermögen der Beklagten zustand[6]).

Der Mitvormund, welchem nur die Aufsicht über die Geschäftsführung des verwaltenden Vormunds oblag (s. oben §. 508 Nr. 2, 3), kann, wenn er die Anzeige einer drohenden Gefährde aus grober Fahrlässigkeit versäumte, auf Schadensersatz belangt werden; jedoch erst nach Vorausklagung der Bürgen und der, etwa wegen Versehens bei der Bestellung haftenden Obrigkeit[7]).

Folgten mehrere Vormünder aufeinander, so haftet keiner für Versehen des Vorgängers[8]) oder Nachfolgers[9]).

### §. 512.

### F. Von Nichtvormündern, welche als Vormünder handeln[1]).

Wenn Jemand, der nicht zum Vormund bestellt oder es nicht mehr ist, die Geschäfte der Vormundschaft führt, so ent-

---

wenn der Beklagte die Verletzung, aus welcher geklagt wird, allein verschuldet hat. Schweppe, R. P.-R. §. 768. Vgl. C. 2 de contr. jud. tut. (5, 58).

5) Fr. 1 §. 18 de tut. act. (27, 3).

6) Fr. 1 §. 13 eod.; Const. 2 de contr. jud. tut. (5, 58). Vergl. fr. 30 de negotiis gestis (3, 5). Lindeloff im Archiv für civ. Pr. VII, Heft 1 Nr. 1.

7) Fr. 1 §. 15 de tut. actione (27, 3); fr. 46 §. 5 de admin. tut. (26, 7); C. 2 de divid. tut. (5, 52). Vergl. Thibaut, Theorie der log. Ausl. §. 35. Die Ansichten sind verschieden. Vergl. Mühlenbruch, Pand. §. 599.

8) Fr. 35 de adm. tut. (26, 7). S. jedoch fr. 44 pr. eod.; fr. 19 de tut. act. (27, 3).

9) Fr. 43 pr. de admin. tut. (26, 7).

1) Neustetel im Archiv f. c. Pr. I, Nr. 18.

steht [2]) zwischen demselben und dem Pflegling das Obligationsverhältniß der protutela; und dies zwar ohne Unterschied, ob der Geschäftsführer Vormund zu seyn glaubte, oder wußte, daß er es nicht sey [3]). Der Protutor ist zu derselben Sorgfalt und Thätigkeit, die dem wahren Vormund obliegt, verbunden [4]), und haftet insbesondere auch wegen Nachlässigkeit, begangen durch Nichtbesorgung einzelner dem Vormund obliegender Geschäfte [5]). Wußte der Protutor, daß er nicht Vormund sey, so ist er für jedes geringe Versehen verantwortlich [6]). Auf der anderen Seite ist der Pflegling dem Protutor, wie dem wahren Vormunde, zur Schadloshaltung verbunden [7]). Die Klage des Pfleglings heißt actio protutelae directa, die des Protutor actio protutelae contraria [8]).

Hat der Nichtvormund (hier als falsus tutor bezeichnet) [9]) mit Dritten Rechtsgeschäfte abgeschlossen, so sind dieselben für den Pflegling, wenn sie nicht von der Obrigkeit genehmigt wurden, ohne verbindliche Kraft [10]), obwohl der Pflegling daraus gegen den dritten Contrahenten klagen kann [11]). Indessen steht diesem, wenn er mit dem wahren Vormunde zu contrahiren glaubte, eine Restitutionsklage gegen den Pflegling auf Herausgabe Dessen zu, was er durch das Geschäft gewonnen hat [12]); auch hat derselbe

---

2) Vorausgesetzt, daß der Geschäftsherr eines Vormundes bedarf, und der Geschäftsführer zur Vormundschaft geeignet ist. Sonst ist nur negotiorum gestio vorhanden. Fr. 1 §. 6 de eo qui pro tut. (27, 5); C. 4 qui dare tut. poss. (5, 34).

3) Fr. 1 §. 1 de eo (27, 5).

4) Fr. 1 pr., fr. 4 eod.

5) Fr. 1 §. 9 eod.

6) Fr. 53 §. 3 de furtis (47, 2). Zimmern im Archiv für civil. Praxis I, Nr. 19.

7) Fr. 1 §. 8, fr. 5 de eo (27, 5).

8) Fr. 1 pr. §. 6, 8, fr. 5 eod.

9) Neustetel a. a. O.

10) Fr. 2 eodem; fr. 1 §. 5 quod falso tutore (27, 6). Vergleiche fr. 14 §. 1, fr. 34 §. 4 de solutionibus (46, 3). Kind, Quaest. for. ed. II. Tom. II. cap. 88.

11) Vgl. fr. 28 de pactis (2, 14). S. oben §. 502.

12) Fr. 1 §. 6, fr. 2—6 quod falso tutore (27, 6). Vgl. auch fr. 28 de sol. (46, 3).

eine actio in factum, um den falsus tutor, welcher sich wider besseres Wissen für den Vormund ausgab, auf Entschädigung zu belangen [13]).

§. 513.

## II. Von anderen Arten der Vormundschaft.

### A. Vormundschaft über Wahnsinnige, Verschwender, kranke und alte Personen [1]).

Außer dem Falle der Minderjährigkeit [2]) wird ein Vormund (curator) bestellt:

1) den Wahnsinnigen. Die Bestellung geschieht, nach vorgängiger Untersuchung über den Geisteszustand des Pfleglings [3]), durch dessen ordentliche Obrigkeit, welche jedoch auf die im Testamente des Vaters bezeichneten Personen oder auf die nächsten Verwandten bei der Auswahl Rücksicht nehmen soll [4]). Der Curator des Wahnsinnigen hat denselben nicht nur in allen Vermögensangelegenheiten (Vermögensschutz, Verwaltungshandlungen und Rechtsgeschäften) zu vertreten [5]), sondern auch für die Person Sorge zu tragen (corpus et salutem furiosi tueri debet) [6]). Während lichter Zwischenräume ist der Pflegling selbstständig, und das Amt

---

13) Fr. 7, 8, fr. 9 pr. §. 1, fr. 11 pr. §. 1, 3, fr. 12 eod.

1) Vormundschaften dieser Art sind überall nur nach sorgfältiger Erforschung des Bedürfnisses anzuordnen; denn man muß sich wohl hüten, die Selbstständigkeit der Staatsbürger ohne Noth zu beschränken.

2) Stehen Wahnsinnige, Verschwender oder Kranke wegen Alters unter Vormundschaft, so bedarf es keiner anderen Curatel.

3) Vgl. v. Berg, jur. Beobacht. u. Rechtsfälle III, Nr. 19.

4) §. 3 Inst. de curat. (1, 23); fr. 1 pr. de curat. furioso (27, 10). Vom Interdictionsverfahren s. Bl. f R.-A. VIII, S. 29. — Kraut (Vormundschaft Bd. II. S. 208) nimmt an, daß den von der testamentarischen, gesetzlichen und dativen Altersvormundschaft geltenden Grundsätzen hier analoge Anwendung zukomme.

5) Fr. ult. eodem; fr. 13 §. 10 de acceptil. (46, 4); fr. 5 §. 9 de pecun. constit. (13, 5). Vgl. C. 7 §. 3, 8, 9 de curat. fur. (5, 70).

6) Fr. 7 pr. eod. (27, 10).

des Curators ruht bis zur Wiederkehr der Geistesverwirrung [7]; durch den Eintritt völliger Heilung erlischt es ohne Zuthun der Obrigkeit [8]. Gleich dem Wahnsinnigen wird

2) von der Obrigkeit der Verschwender (prodigus — cui bonis interdictum est — s. oben §. 42) unter Curatel gesetzt [9]. — Diese Curatel hat es nur mit Vermögensangelegenheiten in der Art zu thun, daß der Pflegling sich ohne Zustimmung des Vormunds nicht wirksam verbinden kann (s. oben §. 257). Sie hört auf, wenn die Obrigkeit, nach eingetretener ernstlicher Besserung des Pfleglings, der Interdiction durch Decret ein Ende macht [10]. Die obrigkeitliche Anordnung einer Curatel kommt

3) bei taubstummen, kranken oder altersschwachen Personen vor, wenn solche in diesem Zustande unvermögend sind, ihren Geschäften selbst vorzustehen [11]. In Fällen dieser Art hat die Curatel nur den Character einer Beihilfe, ohne daß die Selbstständigkeit des Pfleglings dadurch beschränkt wird. Indessen sind Umfang und Gränzen der Befugnisse und Pflichten des Curators überall nach den persönlichen Bedürfnissen des Pfleglings besonders zu ermessen, und in der Instruction (curatorium), welche die Obrigkeit dem Curator ertheilt, genau festzusetzen [12].

---

7) C. 6 eod.

8) Fr. 1 pr. eod.

9) Fr. 1 pr. eod. Hoppe, von jurist. Verschwendern. 1803. v. Bülow u. Hagemann, prakt. Erört. III, Nr. 48. Bl. f. R.-A. a. a. O. u. IX, S. 329. Das Decret der Obrigkeit, welches die Interdiction und Curatel anordnet, wird öffentlich kundgemacht mit der Warnung, es solle sich Niemand ohne Zuziehung des Curators mit dem Pflegling einlassen.

10) Fr. 1 pr. cit. Hofacker, princ. §. 703. Vergleiche indessen Hoppe a. a. O. §. 12. Die öffentliche Kundmachung, durch welche der Interdicirte creditlos gemacht wird, bringt es mit sich, daß die Wirkungen der Interdiction nicht schon mit dem Eintritte ernstlicher Besserung des Pfleglings (ipso jure), sondern erst in Gemäßheit eines neuen Decrets der Obrigkeit aufhören, welches die Wiederaufhebung des Interdictes ausspricht, und gleichfalls kund zu machen ist. S. jedoch unten §. 522.

11) Fr. 2, 6 eodem; §. 4 Inst. de curat. (1, 23).

12) Voet, Comment. ad Pand. XXVII, 10 §. 13. Mühlenbruch, Pand. §. 607.

Im Allgemeinen ist für sämmtliche in diesem §. erwähnten Arten der Vormundschaft zu bemerken, daß die von der Vormundschaft über Minderjährige, insbesondere über die Pflichten der Vormünder geltenden Grundsätze in den anderen Fällen der Personencuratel analoge Anwendung finden [13]), sofern nicht die besondere Natur der letzteren [14]) oder die im einzelnen Falle ertheilte Instruction im Wege stehen.

Zur Geltendmachung der Rechtsverhältnisse zwischen Pflegling und Curator dienen die oben §. 509 bezeichneten Klagen (als utiles) [15]).

## §. 514.

### B. Güterverwaltungen (curae bonorum).

In mehreren Fällen wird von der Obrigkeit eine Verwaltung des Vermögens einer Person angeordnet. Hierher gehören

1) die cura über das Vermögen eines in Concurs gerathenen Schuldners [1]);

2) die Verwaltung einer Erbschaft

a) vor deren Antretung (cura hereditatis — §. 564) [2]);

b) wenn die Erbfolge von dem Erfolge einer Schwangerschaft abhängt (bei der bon. poss. ventris nomine — §. 570) [3]);

---

13) Insbesondere was die Befugniß zu Veräußerungen und Verpfändungen, Annahme von Zahlungen u. dergl. betrifft. Vgl. fr. 7 §. 1—3, fr. 10 §. 1 de curat. fur. (27, 10); C. 2 eod. (5, 70). Fr. 8 §. 1 de rebus eor. (27, 9); fr. 16 pr. de pign. act. (13, 7). — Hier kommen auch die oben §. 347 vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung.

14) Indem z. B. die Curatel der Tauben, Stummen, Kranken die Selbstständigkeit des Pfleglings nicht beschränken soll. Vgl. fr. 5 pr., fr. 93 §. 1 de adqu. vel omitt. her. (29, 2).

15) Auch die Klagen aus der negotiorum gestio werden hierher bezogen. — Vergleiche fr. 4 §. 3, fr. 13, fr. 20 pr. de tut. et rat. distrah. (27, 3); fr. 1 §. 3 de contr. tutel. act. (27, 4) mit der Rubrik des Pandektentitels 27, 3.

1) Fr. 2 pr. de curat. bon. dando (42, 7). Vgl. Schweppe, System des Concurses §. 98—101. Bayer, Theorie des Concursprocesses §. 41.

2) Fr. 1 §. 4 de muner. (50, 4).

3) Fr. 1 §. 17 de ventre in poss. mitt. (37, 9).

c) wenn dem unmündigen Kinde des Erblassers die Legitimität bestritten wird (bei der bonorum possessio ex edicto Carboniano — §. 569)[4];

3) die cura über das Vermögen eines Abwesenden, wenn dieser selbst keine Fürsorge getroffen hat[5].

Die curatores bonorum haben zunächst nur für die Erhaltung des ihnen anvertrauten Vermögens zu sorgen[6], übrigens ihr Amt nach der erhaltenen Instruction zu verwalten. Abgesehen von Gegenständen, die nicht aufbewahrt werden können, kommt ihnen die Veräußerungsbefugniß nicht zu. Sie haften für jedes Verschulden[7].

---

4) Fr. 5 §. 1 de Carboniano edicto (37, 10).

5) Fr. 1 §. 4 de muner. (50, 4); fr. 22 §. 1 de rebus auct. jud. (42, 5); fr. 12 pr. de tut. dat. (26, 5); fr. 2 de curat. fur. (27, 10); C. 3 de postlim. reversis (8, 51). Seufferts Archiv IV, Nr. 132. Von Vertretung eines abwesenden Haussohnes — s. Bl. f. R.-A. XIII, 47. — Ueber die deutschrechtliche Curatel bei Verschollenen vergleiche Pfeiffer, prakt. Ausf. II, S. 236, IV, S. 351; Glück, Commentar XXXIII, S. 259 f.; Heise und Cropp, jurist. Abhandl. II, Nr. 4; Kraut, die Vormundschaft Bd. II. §. 62 f.; Bl. f. Rechtsanwendung I, 343, 351.

6) Fr 48 de adm. tut. (26, 7). Vgl. fr. 1 §. 4 de muner. (50, 4).

7) Vgl. fr. 9 §. 5 de reb. auct. jud. poss. (42, 5).

## Viertes Buch.

# Von dem Erbrechte.

Viertes Buch.

# Von dem Gerundio.

# Viertes Buch.

# Das Erbrecht.

## Erstes Hauptstück.

## Allgemeine Lehren.

---

§. 515.

### I. Begriffe: Erbschaft, Erbrecht, Erbe, Erbfolge.

Mit dem Tode einer Person erlöschen deren Vermögensrechte nicht [1]), sondern gehen auf andere Personen über. Das auf andere Personen übergehende Vermögen eines Verstorbenen heißt in seiner Gesammtheit Erbschaft (hereditas im objectiven Sinne) [2]). Die Erbschaft umfaßt sowohl die Rechte als auch die Verbindlichkeiten des Erblassers [3]).

---

1) Mit Ausnahme der höchstpersönlichen, z. B. des Nießbrauchs.

2) Auch patrimonium defuncti, bona defuncti, auch familia (z. B. in actio familiae erciscundae). Vgl. Savigny, System Bd. I. §. 57 S. 384: „. . . anstatt daß ursprünglich der Mensch als die Substanz gedacht werden muß, das Vermögen als Accidens, . . . so erscheint uns (im Erbgang) das Vermögen als das Bleibende und Wesentliche, zu welchem sich die einzelnen Inhaber nur als vorübergehende, wechselnde Beherrscher verhalten."

3) Fr. 3 pr. §. 1 de bon. poss. (37, 1). Vgl. fr. 50 pr. de her. pet. (5, 3): „Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet"; fragm. 119 („hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem"), fr. 208 de V. S. (50, 16).

Das Recht, die Erbschaft eines Verstorbenen entweder ganz oder zu einem bestimmten Antheile in Anspruch zu nehmen, heißt Erbrecht (hereditas im subjectiven Sinne), und Derjenige, dem dies Recht zusteht, Erbe (heres). Der wirkliche Eintritt in die Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen kraft des Erbrechtes wird Erbfolge (successio in universum jus defuncti) genannt [4]).

Soll Jemand beerbt werden, so muß er gestorben seyn (hereditas viventis non datur) [5]). Um Erbe zu werden, muß man den Erblasser überlebt haben [6]).

§. 516.

## II. Universal- und Singularsuccession. Unmittelbare und mittelbare Erbfolge. Sui heredes.

Die Gesammtheit aller Rechtsverhältnisse eines Verstorbenen wird in Ansehung der Erbfolge als eine juristische Einheit (universitas) betrachtet [1]). Derjenige nun, der allein in das Ganze des Nachlasses eintritt, heißt heres ex asse, heres solus. Wer aber nur einen (intellectuellen) Theil desselben (Bruch des Ganzen) [2]) als Erbe erhält, wird in Bezug auf die Erbschaft heres ex parte, in Bezug auf die übrigen Theilhaber Miterbe (coheres) genannt. Verschieden von dem Miterben sind Legatare und von Todeswegen Beschenkte, welche nicht wie jener in einen Antheil des Ganzen und daher auch in einen intellectuellen Theil aller einzelnen Rechtsverhältnisse, sondern nur in einzelne Rechtsverhältnisse,

---

4) Auch wohl hereditas in einer dritten Bedeutung — fr. 24 de V. S.; fr. 62 de reg. juris.

5) Fr. 19, 27 de hered. adqu. (29, 2). Vgl. fr. 1 de hered. vel act. vend. (18, 4).

6) Fr. 19 de hered. adqu. (29, 2).

1) S. oben §. 62. Daher das Erbrecht, als Erwerbungsart aller einzelnen zum Vermögen gehörigen Rechte, — *adquisitio* per universitatem. Auf die Zusammenfassung der Einzelnheiten zur Einheit bezieht sich auch die eigenthümliche Art der Rechtsverfolgung (§. 576 f.). Savigny a. a. O. S. 384.

2) Vgl. fr. 61 ad SC. Treb. (36, 1).

welche von dem Ganzen ausgeschieden werden[3]), kraft eines Singular-Vermächtnisses[4]) (legatum, fideicommissum particulare) oder letztwilligen Schenkungsactes (§. 647 f.) succediren[5]).

Derjenige Erbe, welcher unmittelbar in den Nachlaß eines Verstorbenen eintritt, wird als heres *directus* bezeichnet. Soll dieser das Ganze oder einen Theil desselben an einen Anderen wieder herausgeben, so succedirt der Letztere als heres fideicommissarius, und Jener heißt im Verhältniß zu dem Fideicommißerben heres fiduciarius[6]).

Ausgezeichnet unter den Erben sind die sui heredes, nämlich die unmittelbaren Hauskinder des Erblassers (s. §. 516 b). Im Gegensatze zu denselben werden alle Uebrigen heredes extranei genannt[7]).

## §. 516 b.

## III. Anfall und Erwerb der Erbschaft.

Nach dem Tode eines Menschen entsteht vorerst die Frage, wem dessen Erbschaft angefallen d. h. wer berufen sey, in den Nachlaß desselben einzutreten. Dieser Anfall (delatio) entscheidet aber noch nicht den wirklichen Eintritt[1]), vielmehr geschieht der Erwerb (adquisitio) der Erbschaft, der Uebergang in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen, die wirkliche Erbfolge — erst durch eine Willenshandlung des Berufenen, durch welche er dem Rufe folgen, d. h. die angefallene Erbschaft annehmen und Erbe

---

3) Es kann dies übrigens eine ganze Reihe, ein ganzer Inbegriff von Rechtsverhältnissen seyn; z. B. sämmtliche Capitalien.

4) Die Ernennung als Erbe, sollten auch dem Ernannten nur einzelne Rechte oder Sachen angewiesen seyn, bewirkt Universalsuccession. — Fr. 1 §. 3, 4 de hered. instit. (28, 5). Siehe jedoch unten §. 593 a. E.

5) Der Singularsuccessor repräsentirt den Erblasser nicht, und haftet daher auch nicht für dessen Schulden.

6) Vgl. §. 2 Inst. de fideicomm. her. (2, 23).

7) §. 2, 3 Inst. de hered. qual. et dif. (2, 19).

1) Fr. 151 de V. S.

seyn zu wollen erklärt (Antretung der Erbschaft, hered. aditio). Nur die sui heredes erwerben die Erbschaft des Vaters oder Großvaters sofort durch den Anfall[2]).

Sowohl der Anfall als der Erwerb der Erbschaft richtet sich nach den Gesetzen des Orts, an welchem der Erblasser seinen Wohnsitz hatte[3]).

§. 517.

## IV. Von den Gründen der Delation[1]).

Der Anfall einer Erbschaft erfolgt entweder kraft ausdrücklicher Erklärung des Erblassers (durch Errichtung eines Testaments), oder vermöge besonderer Verhältnisse mit dem Erblasser, an welche das Gesetz die Berufung zur Erbfolge (Intestaterbfolge) geknüpft hat. Die Intestaterbfolge tritt nur in Ermangelung der testamentarischen ein, und so lange die letztere auch nur zu hoffen ist, bleibt die erstere ausgeschlossen[2]). Dabei ist es Grundsatz, daß der Erblasser eine Concurrenz der testamentarischen und der gesetzlichen Erbfolge nicht veranlassen, d. h. die Erbfolge nicht bloß zum Theile durch Testament bestimmen, und im übrigen der

---

2) §. 2 Inst. de her. qual.; fr. 14 de suis et legit. (38, 16). Vgl. fr. 11 de lib. et post. (28, 2).

3) Martin, Rechtsgutachten und Entscheidungen des Heidelberger Spruch-Collegiums Nr. II. §. 10. Vgl. meine Beiträge zur Gesetzgebung S. 83. S. oben §. 17 Note 2 lit. a.

1) Durch Vertrag konnte bei den Römern ein Erbrecht (auf den künftigen Nachlaß eines noch Lebenden) weder erworben noch verloren werden. Const. 15, 19, 30 de pactis (2, 3); C. 5 de pactis conventis super dote (5, 14); C. 4 de inutil. stipul. (8, 39). Vergleiche fr. 29 §. 2 de don. (39, 5); fr. 61 de verb. obl. (45, 1); fr. ult. de suis et legit. (38, 16); C. 3 de collat. (6, 20). Vergleiche indessen unten §. 584. — Ueber das heutige Recht der Erbverträge vergleiche Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Bd. 2 S. 118 f. Mühlenbruch in Glücks Comment. XXXVIII, S. 58 f. — S. auch unten §. 520 zu Note 4 und 5.

2) Fr. 39 de adqu. her. (29, 2); C. 8 comm. de success. (6, 59).

Intestaterbfolge stattgeben könne: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest[3]).

Der im Felde testirende Soldat ist ausnahmsweise an die vorstehende Regel nicht gebunden[4]). Bei Haussöhnen, welche nebst einem peculium castrense oder quasi castrense noch Adventitien besitzen, kann sich eine Concurrenz beider Arten der Erbfolge daraus ergeben, daß sie nur über erstere, nicht auch über letztere zu testiren befugt sind[5]) (§. 487, 488).

---

3) Fr. 7 de reg. juris. Diese Grundregel des römischen Erbrechtes kann nur vom Testirer, vom Verhältnisse seiner letztwilligen Verfügung zur Verlassenschaft verstanden werden. Sie bestimmt: „Wer ein Testament errichtet, muß durch dasselbe die ganze Verlassenschaft erschöpfen, und so lange dasselbe aufrecht bleibt, kann die Succession nur aus ihm, dem Testamente, deferirt werden." Der Inhalt jener Regel schließt keineswegs jede Concurrenz der Testaments- und der Intestaterbfolge aus, sondern diese Concurrenz darf nur nicht vom Erblasser selbst ausgehen. Man soll durchaus nicht annehmen können, daß sie auf irgend einen Fall in dem Willen desselben begründet gewesen sey. Diese beschränkende Beziehung der angeführten Regel auf den Willen des Testators rechtfertigt sich sowohl durch die subjective Fassung derselben (nemo *decedere potest*), als auch insbesondere durch die Erklärung der Ausnahme (nisi sit miles, cujus sola *voluntas* in testando spectatur). Muß man, um diese Concurrenz zu rechtfertigen, weder auf den ursprünglichen, noch auf den eventuellen Willen des Testators zurückgehen, sondern scheint jene Concurrenz durch andere Verhältnisse oder Ereignisse gefordert zu seyn, so steht ihrem Eintritte die fragliche Regel nicht im Wege. So oft z. B. bei einem Angriffe der Intestaterben auf das Testament mehrere Kläger gegen einen Beklagten, oder mehrere Beklagte gegen einen Kläger stehen, und der Rechtsstreit für die mehreren Streitgenossen auf verschiedene Weise entschieden wird, so oft ergibt sich in Folge der res judicata die fragliche Concurrenz. Fr. 15 §. 2, fr. 24 de inoff. testam. (5, 2). — S. meine Abhandl. im Archiv für civ. Praxis III, Nr. 15 §. 6, 7. Dernburg Beiträge zur Geschichte der römischen Testamente S. 304 f. Vgl. Haubold, de causis, cur idem et testato et intestato decedere non possit. Lips. 1788 (opusc. I. pag. 315 sequ.). Thibaut, civ. Abhandl. Nr. 5. Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXVIII, S. 337 f.; XL, S. 142 f. Vangerow, Bd. II. §. 397.

4) §. 5 Inst. de her. instit. (2, 14). Vgl. §. 520 zu Note 7a.

5) Arg. fr. 13 §. 1 de testam. milit. (29, 1); fr. 19 §. 2 de castr. peculio (49, 17).

§. 518.

## V. Von der bonorum possessio [1]).

Das Erbrecht wird in den römischen Quellen bald als hereditas, bald als bonorum possessio bezeichnet. Jener Ausdruck bezeichnet Erbansprüche, welche sich auf das eigenthümlich römische Civilrecht stützen, — dieser hingegen ein Erbrecht, welches nach dem prätorischen Edicte zusteht [2]).

---

1) Koch, bonorum possessio. Gießen 1799. v. Löhr im Magazin III, S. 216—358; IV, S. 149. Fabricius, Ursprung und Entwicklung der bonorum possessio. 1837. Leist, die bonorum possessio, ihre geschichtliche Begründung und heutige Geltung. 2 Bände. 1849. Dernburg a. a O. S. 180 ff. Vangerow, Bd. II. §. 398.

2) Die Einwirkung des Prätors auf das Erbrecht bethätigte sich durch Einführung eines Rechtsmittels (interdictum quorum bonorum), um den Besitz der erbschaftlichen Sachen zu verschaffen. Aber die prätorische Rechtsbildung ergriff auch die materielle Seite des Erbrechtes, indem das Edict Personen zur Erbfolge berief, welche nach dem Civilrechte keinen Anspruch hatten, und sogar in manchen Fällen dem Schützling des Prätors ein Erbrecht vor dem Civilerben ertheilte. Allmälig kam ein vollständiges prätorisches Erbrechtssystem zu Stande, welches alle Fälle der Erbfolge umfaßte. In diesem war genau angegeben, unter welchen Umständen der prätorische Erbe (bonorum possessor) mit dem Civilerben (heres) concurriren solle, und unter welchen er nach oder vor demselben gerufen werde. Indem der Prätor auch die Civilerben, soweit er der Realisirung ihrer Rechte nicht in den Weg treten wollte, in seine allgemeine Erbfolgeordnung einreihte, erhielten diese einen zweifachen Rechtsgrund ihres Anspruches, nämlich die ihnen nach dem Civilrechte zukommende hereditas, und die bonorum possessio, zu welcher sie das Edict berief. Im Uebrigen ist über die prätorische Erbfolge und deren Verhältniß zum Civilrechte noch zu bemerken:

1) Die Geltendmachung des Civilerbrechtes war an keine Zeitfrist gebunden; der Erwerb des prätorischen mußte von Ascendenten und Descendenten in Jahresfrist, von anderen bonorum possessores in 100 Tagen bewirkt werden. Nach dem Civilrecht konnte die Erwerbshandlung (hereditatis aditio) ohne Dazwischenkunft der Obrigkeit vor sich gehen; die bon. poss. (agnitio) mußte vor dem Prätor erklärt werden.

2) War der bon. possessor in einem Falle zugleich der nächste (vom Prätor anerkannte) heres, so konnte er die für Erlangung des

Das prätorische Erbrecht kommt entweder als b. p. contra tabulas vor (wenn ein nach dem Civilrechte giltiges Testament kraft des Edictes von den zur bonorum possessio Gerufenen angefochten wird)[3]), oder als bonorum possessio secundum tabulas (in deren meisten Fällen ein nach dem Civilrecht ungiltiges Testament vom Prätor aufrecht erhalten wird)[4]), oder als bono-

---

prätorischen Rechtes vorgesteckte Frist verstreichen lassen, und später die civilrechtliche Erbfolge geltend machen. In solchen Fällen war die bonorum possessio für den Erben nur nützlich (wegen des prätorischen Rechtsmittels), nicht nothwendig (bon. poss. utilis); wohingegen die Agnition der bon. poss. für den non heres der einzige Weg war, auf welchem er zur Erbfolge gelangen konnte (bon. poss. necessaria).

3) Wenn Derjenige, der sowohl nach prätorischem als nach dem Civilrechte der nächste Erbe war, von der bon. poss. binnen der gesetzlichen Frist keinen Gebrauch machte, so konnte nun der nach diesem zur bon. poss. Gerufene (z. B. nach dem suus der nächste Agnat, siehe unten Note 5) bon. poss. agnosciren. Allein unter solchen Umständen war ihm die bon. poss. nur *sine re* zugesichert, d. h. ohne daß ihm für den Fortbesitz der Erbschaft garantirt gewesen wäre; denn der suus konnte später noch von seinem an keine Zeitfrist gebundenen Civilrechte Gebrauch machen, und dadurch den minderberechtigten bon. possessor wieder verdrängen. Auf der anderen Seite wird der Fall, wenn der bon. poss. den heres ausschließt (z. B. der emancipatus den Agnaten, s. Note 5), als bon. poss. cum re bezeichnet.

3) Hauptfall: nach dem Civilrechte durften nur die sui nicht übergangen werden, nur sie konnten im Falle der Präterition das väterliche Testament als nichtig anfechten. Den emancipatis war der Vater keine Rücksicht schuldig, allein der Prätor verlieh denselben, wenn sie präterirt waren, die bon. poss. contra tabulas.

4) Nach dem Civilrechte erforderte das Testament die Errichtung durch die symbolisch-feierliche Handlung der Mancipation (per aes et libram), der Prätor gab die bon. poss. secundum tabulas aus einem vor sieben Zeugen errichteten und von diesen besiegelten Testamente. Nach dem Civilrecht wurde ein Testament für immer ungiltig, wenn nach dessen Errichtung dem Testator ein suus geboren ward. War aber das Kind vor dem Tode des Testirers wieder verstorben, so konnte der eingesetzte Erbe bon. poss. secundum tabulas agnosciren. S. auch unten §. 547 zu Note 3; §. 548 zu Note 8 u. 12. — Ueber einen Fall anderer Art vgl. §. 538.

rum possessio intestati (wenn der Erblasser ohne Testament verstorben ist)[5]).

Das System des heutzutage geltenden Erbrechtes beruht auf neueren, durch die Constitutionen der Kaiser und besonders durch Justinian gebildeten, beziehungsweise durch die Praxis seit der Reception festgestellten Grundlagen; in ihm ist die praktische Bedeutung des Gegensatzes zwischen civilrechtlichem und prätorischem Erbrecht (s. Note 2 Nr. 1—3) gänzlich verwischt, und wenn auch in dem praktischen Recht das Erbrecht in manchen Fällen als bonorum possessio bezeichnet wird, so zeigt dies nur den geschichtlichen Ursprung der in dem einzelnen Falle vorkommenden Erbfolge an[6]).

In einer anderen mehr dem Wortsinne entsprechenden Bedeutung bezeichnet bonorum possessio den provisorischen Besitz der Erbschaft, welcher in Fällen, in denen die Erbfolge noch von ungewissen künftigen Umständen abhängt, bestimmten Personen, z. B. der mit einem postumus schwangeren Wittwe des Erblassers, durch obrigkeitliches Decret eingeräumt wird[7]). Weil zur Erlangung dieses provisorischen Besitzes ein obrigkeitliches Decret erfordert wird, so nennt man ihn gemeinhin bon. poss. decretalis, wohingegen die eigentliche bonorum possessio, d. h. das prätorische Erbrecht, welches man der Regel nach durch die bloße, im Edict

5) Die civilrechtliche Intestaterbfolge fußte auf der Agnation und dem aristokratischen Princip der Familienverbindung. Zuerst wurden die sui (mit Ausschluß der emancipati) gerufen, nach ihnen die agnati (die bloßen Cognaten waren ausgeschlossen), endlich die gentiles (deren Verwandtschaft bloß durch das gemeinschaftliche nomen erweislich war). Das Edict ruft in der ersten Classe die sui und *emancipati* (bon. poss. unde liberi), in der zweiten die Civilintestaterben überhaupt (bon. poss. unde legitimi), in der dritten die cognati (bon. poss. unde cognati), in der vierten den überlebenden Ehegatten (bon. poss. unde vir et uxor).

6) Schweppe, röm. Priv.-R. §. 841. Göschen, Vorl. §. 995. Sintenis, Civilrecht §. 193 Note 1. Uebereinstimmend das Ergebniß der von Leist a. a. O. dargelegten Untersuchungen.

7) Von diesen missiones in bona vgl. v. Löhr im Magazin III, S. XVI. und 217. Auch für diese Fälle finden die prätorischen Agnitionsfristen nach dem praktischen Rechte keine Anwendung mehr. Vergl. Sintenis a. a. O. und §. 194.

vorgeschriebene Erklärung (agnitio) erwarb [8]), bon. poss. edictalis genannt wird.

§. 519.

## VI. Von der Successionsfähigkeit im Allgemeinen.

In der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen liegt nicht schon an sich die Successionsfähigkeit [1]). Indessen ist diese den Kirchen, kirchlichen Instituten, den milden Stiftungen, auch dem Staat und den Gemeinden im Allgemeinen eingeräumt [2]). Einzelnen juristischen Personen kann die Erbfähigkeit durch besondere Verleihung zukommen [3]).

Was im römischen Rechte von Successionsunfähigkeit der Ketzer und Apostaten, der Kinder von Hochverräthern und der zum Tode verurtheilten Personen vorkommt, gehört dem praktischen Rechte nicht mehr an.

Die Successionsfähigkeit muß zur Zeit des Anfalles vorhanden seyn, und bis zum Erwerbe fortdauern [4]). Vgl. §. 553, 554.

---

1) Ueber Erbrechte juristischer Personen s. Savigny, System Bd. II. §. 93.

2) C. 1 de s. s. eccles. (1, 2); C. 49 de episc. et cler. (1, 3); C. 12 de hered. inst. (6, 24). S. auch fr. 20 de reb. dub. (34, 5). Vgl. unten §. 604 Note 10. Arndts im Rechtslexikon Bd. III. S. 914: „Jedoch ist die Ansicht, daß die Erbfähigkeit zu den regelmäßigen Attributen einer anerkannten Corporation gehöre, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis von jeher so vorherrschend gewesen, daß man darnach in der Anerkennung einer solchen von Seiten der Staatsgewalt im Zweifel auch eine Ertheilung der Erbfähigkeit anzunehmen berechtigt ist.“

3) C. 8 eod. Vgl. C. 1 de judaeis (1, 9).

4) Vgl. fr. 1 §. 4 ad SC. Tertull. (38, 17); fr. 6 §. 2, fr. 49 §. 1, fr. 50 pr., fr. 59 §. 4 de hered. inst. (28, 5); §. 4 Inst. de hered. qual. (2, 19). Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXIX, S. 128 f. — Vom Unterschied zwischen der Successionsfähigkeit und der Fähigkeit zur Erwerbung (jus capiendi) s. Mühlenbruch a. a. O. S. 158 f.

## Zweites Hauptstück.

# Von der directen Erbfolge.

---

### Erster Abschnitt.

### Von der Delation.

§. 520.

### I. Aus einem letzten Willen.

Vorbemerkung. Soldaten-Vorrechte. Senatusconsultum Libonianum. Auslegung.

Unter letztem Willen versteht man die Verfügung eines Menschen über Dasjenige, was nach seinem Tode geschehen soll, insbesondere über seinen Nachlaß [1]). Eine Verfügung dieser Art bildet nach röm. Rechte ein einseitiges Geschäft, durch welches der Urheber (testator, testatrix) nicht gebunden wird. Erst mit dem Tode desselben erlangt es gesetzliche Kraft und Wirkung, und kann von ihm bis dahin nach Belieben widerrufen und dadurch vernichtet werden [2]). Dieser Willensfreiheit kann der Testirer nicht einmal entsagen, so daß eine in dem früheren letzten Willen enthaltene Clausel, wodurch jede künftige Abänderung und Aufhebung des-

---

1) Fr. 1 qui test. facere possunt (28, 1). Vergl. C. un. si contra matris voluntatem (5, 47); C. 21 §. 3 de testamentis (6, 23).

2) Fr. 4 de adimendis legatis: „Ambulatoria est voluntas usque ad vitae supremum exitum.“

selben zum Voraus für ungiltig erklärt ist, bloß durch das factische Zuwiderhandeln, nämlich durch spätere Errichtung eines abweichenden letzten Willens entkräftet wird[3]). Indessen kann diese Willensfreiheit heutzutage (nach deutschem Rechte)[4]) durch Verträge mit anderen Personen beschränkt werden[5]); unter Umständen (§. 532b) auch dadurch, daß man die Erbschaft eines Anderen, welche unter Anordnung einer solchen Beschränkung hinterlassen wurde, unbedingt angenommen hat[6]).

Ueber den Inhalt eines letzten Willens sind in mehrfacher Hinsicht Prohibitivgesetze vorhanden, über welche sich der Testirer nicht hinwegsetzen darf[7]), und ebenso ist die giltige Errichtung durch die Einhaltung gewisser gesetzlicher Formen bedingt. Nur die Soldaten sind während des Feldzuges[7a]) in den meisten Beziehungen weder an die materiellen[8]) noch an die formellen[9]) Beschränkungen gebunden. Dieses Vorrechtes der Soldaten erfreuen

---

3) Vgl. fr. 6 §. 2 de jure codic. (29, 7) mit fr. 22 pr. de legatis III. (32).

4) Ueber das entgegengesetzte röm. Recht vgl. C. 19 de pactis (2, 3); C. 5 de pactis convent super dote (5, 14); fr. 61 de verb. obl. (45, 1). S. auch oben §. 517 Anm. 1.

5) Eichhorn, Einl. i. d. deutsche Pr.-R. Ausg. 5 §. 341.

6) Aus den römischen Quellen werden für allgemeine Geltung obigen Satzes angeführt fr. 55 §. 2 ad SC. Treb. (36, 1), C. 16 §. 1 de testam. (6, 23); fr. 3 §. 3, fr. 4 quibus ex causis (42, 4); Nov. 48 praefat. Vgl. indessen fr. 114 §. 6, 7 de legatis I. (30); fr. 17 pr. §. 2, 3 ad SC. Trebell. (36, 1). — Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 38 §. 1428 S. 223 f. Seufferts Archiv I, Nr. 93, 94; II, Nr. 72, 204; III, Nr. 81; IV, Nr. 64.

7) Fr. 55 de legatis I. (30): „Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant."

7a) Für die Ansicht, daß die Beschränkung auf während eines Feldzuges errichtete letzte Willen auch von den materiellen Begünstigungen gelte, vgl. §. 6 Inst. de exhered. lib. (2, 13); Mühlenbruch in Glücks Comment Bd. 42 S. 45. S. jedoch unten §. 550. — Feldzug ist auch eine Expedition wider Aufrührer und Räuber, Dienst in einer belagerten Festung. Mühlenbruch a. a. O. S. 44.

8) Vgl. §. 517 a. E., §. 522 Note 2, §. 533 zu Note 2, §. 539 Note 1, §. 544, §. 547 Note 2, §. 550 zu Note 3, §. 599 Note 2, §. 624 Nr. 1, §. 643 a. E. Nr. 2, §. 651 a. E.

9) S. unten §. 527.

sich, was die Errichtungsform betrifft, auch andere die Gefahr derselben theilende Personen, sofern sie den letzten Willen im Zustande der Gefahr errichten und darin umkommen [10]). Der unter Benützung des Privilegiums von dem wirklichen Soldaten [10a]) errichtete letzte Wille bleibt auch nach Beendigung des Feldzuges in Kraft, und selbst noch ein Jahr nach der Entlassung, sofern diese nicht eine entehrende war [11]).

Die Errichtung eines letzten Willens geschieht durch mündliche oder schriftliche Erklärung [12]). Bedient sich der Erblasser zur schriftlichen Abfassung einer anderen Person, so sind die Verfügungen, welche zu Gunsten des Schreibers [13]) gereichen, ungiltig [14]) (Senatusconsultum Libonianum); sofern nicht der Erblasser die Genehmigung eigenhändig beigefügt hat [15]).

---

10) Fr. 44 de testam. mil. (29, 1); fr. un. pr. de b. p. ex test. mil. (37, 13). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42 S. 48 f.

10a) Den Soldaten stehen Seeleute auf Kriegsschiffen gleich. Fr. un. §. 1 de b. p. ex test. mil. (37, 13).

11) Fr. 21, 26 pr, fr. 38 §. 1 de test. mil. (29, 1).

12) In fr 21 pr. de leg. III. (32) kommt auch ein fideicommissum nutu relictum vor.

13) Oder solcher Personen, durch welche der Schreiber erwirbt. Fr. 11 pr., fr. 18 pr, fr. 22 §. 2 de lege Cornel. de fals. (48, 10). G. L. Böhmer, Rechtsfälle I, Nr. 3. — Nach Puchta (Pand. §. 472) ist das SC Libon. gegen Den gerichtet, welcher die Testamentsurkunde abfaßt, indem er hierzu in den Vorles. bemerkt: „Abfasser der Urkunde ist nicht bloß der Schreiber, sondern auch der Dictant."

14) C. 5, 6 de his qui sibi adscr. (9, 23); fr. 5 de his quae pro non script. (34, 8). Vangerow, Band II. S. 109. Obige Sätze gelten auch, wenn ein Testament dem Gerichte verschlossen überreicht worden. Seufferts Archiv I, Nr. 255. Die Ungiltigkeit tritt auch in dem Falle ein, wenn der Erblasser den Inhalt des letzten Willens dem Schreiber durchaus in die Feder dictirt hat. Vgl. fr. 14 pr. de lege Cornel. de falsis; C. 3 de his qui sibi adscr. Vgl. indessen fr. 15 §. 1, 3, fr. 22 §. 9 de lege Cornel.

15) C. 2 de his qui sibi adscr. (9, 23). Vergl. fr. 1 §. 8 de lege Cornel. de falsis: „In filio generalis subscriptio sufficit ad capiendum." S. auch C. 1 de his etc. (9, 23). Böhmer a. a. O. Die Beifügung der genehmigenden Erklärung wird nicht ersetzt, wenn der Schreiber auf andere Weise darthut, daß die fragliche Zuwendung dem Willen des Erblassers entspreche.

Die allgemeinen über die Auslegung der Rechtsgeschäfte (s. oben §. 86) vorgetragenen Grundsätze finden auch bei letzten Willen ihre Anwendung. Dabei ist zu bemerken:

1) Die von dem Erblasser selbst nachträglich gegebenen Erläuterungen sind vor Allem zu berücksichtigen [16].

2) Sofern nicht der Wortsinn geradezu entgegensteht, muß man nach dem aus anderen Momenten erkennbaren Willen des Testirers entscheiden [17]; wohingegen

3) wenn bewiesen ist, daß der Testirer ganz etwas Anderes gedacht als gesagt habe, und der Sinn der Worte weder nach eigentlicher noch uneigentlicher Bedeutung den Gedanken ausdrücke, die betreffende Verfügung ohne Erfolg bleibt [18].

---

16) Zu bloßen Erläuterungen bedarf es keiner Form. Fr. 21 §. 1 qui test. fac. poss.

17) Fr. 35 §. 3 de hered. instit. (28, 5); Constit. 16 de fideicomm. (6, 42). Auch bei letzten Willen ist es die erste Auslegungsregel, daß man bei dem Wortsinne, wenn er klar ist, stehen bleibe. Fr. 25 §. 1 de legatis III. Vergleiche fr. 32 §. 4 de usufr. legato (33, 2). Außerdem ist auf den vermuthlichen Willen des Erblassers zu sehen. Hierauf beziehen sich die am Eingang der Note angeführten Stellen. — Wenn etwa über den Umfang und die Größe einer letztwilligen Zuwendung, über die Modalität der Erfüllung einer gemachten Auflage Zweifel entstehen, indem es der Testirer in dieser Hinsicht an näheren Bestimmungen hat fehlen lassen, oder wenn der Vollzug der betreffenden Anordnung in Folge des Einflusses äußerer Umstände modificirt werden muß, so soll der Richter alle Verhältnisse, aus welchen sich in Ansehung des zweifelhaften Punktes auf die vermuthliche Willensmeinung des Testirers schließen läßt, sorgfältig erwägen, und sodann nach billigem Ermessen die fehlende nähere Bestimmung suppliren oder die erforderliche Modification anordnen. Vgl. fr. 16 de cond. et dem. (35, 1) mit fr. 50 §. 3 de legatis I., fr. 30 de legat. II., fr. 12 de legat. III., fr. 14 de ann. legat. (33, 1), fr. 16 de usu et usufr. legat. (33, 2). Vergl. meine Bemerkungen über die Auslegung letzter Willen. 1828. S. 46 f.

18) Fr. 188 de regulis juris; fr. 3 de rebus dubiis (34, 5); fr. 4 de legatis I. (30); fr. 7 §. 2 de suppell. legata (33, 10). Die abweichende Lehre, nach welcher letztwillige Verfügungen in Gemäßheit der aus sonstigen Behelfen erkannten Willensmeinung des Testirers zum Vollzuge kommen sollen, wenn gleich der Sinn der Worte — weder nach eigentlicher, noch

4) Im Zweifel ist die dem Honorirten günstigere Auslegung zu wählen [19]). S. jedoch unten §. 609 Nr. 4.

## §. 521.

## A. Begriff des Testamentes.

Testament heißt der letzte Wille, durch welchen der Erblasser einen directen Erben (heres) ernennt [1]). Jede andere letztwillige Verfügung, welche die Einsetzung eines directen Erben nicht enthält, heißt Codicill (codicillus) [2]).

---

uneigentlicher Bedeutung — diese Willensmeinung ausdrückt, läßt sich nach den Gesetzen nicht rechtfertigen. Fr. 69 de legatis III. (auf welches man sich bezieht) stellt, im Zusammenhange aufgefaßt, nur den Satz auf: Wenn ein Testator erwiesenermaßen Worte in abusiver Bedeutung, d. h. in einer solchen gebraucht hat, für welche zwar kein feststehender Sprachgebrauch des Volkes, des Stammes, des Bezirkes oder der Genossen einer besonderen Beschäftigung angeführt werden kann, die aber doch in den Aeußerungen solcher Personen, welche sich nicht ganz genau und richtig auszudrücken pflegen, nicht selten vorkommt, soll der auslegende Richter auf die (sprachrichtige) verborum significatio kein entscheidendes Gewicht legen, sondern die „manifesta voluntas“ beobachten. — Andere Stellen (Constitutio 3 de liberis praeter. 6, 28; Constit. 21 de legatis 6, 37; Const. 15 de testamentis 6, 23; §. 2 Inst. de legatis 2, 20) beziehen sich auf Entkräftung der bestimmten Wortformen, welche nach älterem Rechte bei Erbeinsetzungen, Enterbungen und Legaten gebraucht werden mußten, und sagen nichts weiter, als daß es auf diese Wortformen nicht mehr ankomme, vielmehr jede in unzweideutigen Worten erklärte Verfügung ebenso wirksam sey. Vergleiche meine angef. Bemerkungen S. 35—63. Mühlenbruch, rechtl. Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 32 f.

19) Fr. 13 pr., fr. 24 de reb. dub.; fr. 12, 96 de reg. jur.; cap. 6, X. de don. (3, 24). Vgl. fr. 17 §. 1, fr. 20, 34 §. 14 de legat. I.; fr. 68 pr., fr. 101 pr. de legat. III.

1) §. 34 Inst. de leg. (2, 20); fr. 1 §. 3 de vulgari substit. (28, 6); fr. 20 de jure cod. (29, 7). Das Testament kann übrigens noch jede andere letztwillige Verfügung enthalten.

2) § 2 Inst. de codicillis (2, 25); Const. 14 de testamentis (6, 23).

§. 522.

## B. Von der Fähigkeit zu testiren.

Die giltige Errichtung eines Testamentes ist dadurch bedingt, daß der Erblasser zur Zeit der Errichtung [1]) die Fähigkeit zu testiren (testamentifactio) [2]) hat. Unfähig sind

1) wegen psychischen oder körperlichen Mangels [3]):

a) Wahnsinnige [4]), welche jedoch in lichten Zwischenräumen giltig testiren [5]);

b) Verschwender (der Prodigalitätserklärung unterworfene — §. 513) [6]);

c) Personen im Zustande der Trunkenheit oder des Zornes, sofern derselbe bis zur Geistesabwesenheit gesteigert ist [7]);

---

1) Durch nachherige Erlangung der Fähigkeit wird Convalescenz nicht bewirkt. §. 1 Inst. quibus non est permissum (12, 1); fr. 19 qui testam. fac. poss. (28, 1). — Ueber Statuten-Collision und Wirksamkeit neuer Gesetze in Bezug auf die persönliche Fähigkeit des Testirers vgl. Savigny, System Bd. 8 S. 311 f., 451 f., 461 f.

2) Fr. 19 cit. Siehe auch in Ansehung des erforderlichen Bewußtseyns der Fähigkeit — fr. 1 pr. de legatis III. vergl. (in Betreff der Ausnahme für Soldaten — §. 520) mit fr. 11 §. 1 de testamento milit. (29, 1). Da unter testamentifactio auch die Fähigkeit, aus einem letzten Willen Etwas zu erwerben verstanden wird, so unterscheidet man testamentifactio activa und passiva.

3) Hohes Alter und Krankheit, sofern Verstandesgebrauch und Willensfreiheit nicht erweislich darunter leiden, stehen nicht im Wege. Vergl. fr. 2, 17 qui test. fac. poss. (28, 1); C. 3 pr. eod. (6, 22). Geiger und Glück, Rechtsfälle III, Nr 42 §. 6—15.

4) C. 9 eod. (6, 22). Die Geistesabwesenheit kann auch aus dem Unsinn der Verfügung gefolgert werden. Fr. 27 de cond. instit. (28, 7).

5) §. 1 Inst. quibus non est permissum (2, 12).

6) §. 2 Inst. eod.; fr. 18 pr. qui testam. fac. poss. Ein bereits errichtetes Testament wird durch nachherige Interdiction nicht ungiltig. Savigny, System Bd. II. S. 482 Note d.

7) Vgl. die in Note 3 angef. fr. 2 und 17.

d) Unmündige, welche nicht einmal unter Zuziehung des Vormunds testiren können [8]). Nach Erreichung der Mündigkeit [9]) sind die Minderjährigen zu testiren fähig, und zwar ohne daß es der Zustimmung des Vormunds bedarf [10]);

e) Taubstumme, die es entweder von Geburt aus oder gänzlich unfähig sind, ihren Willen kund zu machen [11]). Jedoch kann Taubstummgebornen, sofern sie eine Willenserklärung mitzutheilen im Stande sind [12]), die Fähigkeit zu testiren durch Privilegium des Regenten ertheilt werden [13]).

Wegen Mangels selbstständiger Persönlichkeit sind unfähig

2) die Hauskinder, welche jedoch über ein peculium castrense oder quasi castrense [14]) letztwillig zu verfügen befugt sind [15]).

---

8) §. 1 Inst. quibus non est permissum (2, 12); fr. 5, 19 qui testamentum facere poss. (28, 1). Fr. 2 pr., fr. 15 de vulg. et pupill. subst. (28, 6).

9) S. hierüber oben §. 116 zu Note 2. Die Testamentsfähigkeit tritt mit dem Tage ein, an welchem die Mündigkeit erreicht wird. Fr. 5 cit. Savigny, System Bd. IV. S. 381 f.

10) Vgl. fr. 20 §. 1 de lib. leg. (34, 3).

11) C. 10 qui test. fac. poss. (6, 22). Vgl. §. 2 Inst. de milit. test. (2, 11). Wer bloß taub ist, kann schriftlich und mündlich, der Stumme (auch der nicht von Geburt aus Taubstumme) schriftlich testiren. Vergl. §. 3 Inst. quibus non est permiss. (2, 12). Vergl. noch Marezoll im Arch. f. c. Pr. VIII, S. 266. Unfähigkeit, verständlich zu sprechen und zu schreiben, ist natürlich, abgesehen von den genannten Gebrechen des Ohres oder der Zunge, ein Hinderniß der Testamentserrichtung. Not.-Ordn. von 1512 Tit. II. von Testamenten §. 4.

12) Dies muß durch vorgängige Untersuchung ausgemittelt seyn. Vgl. Claproth, von Testam. S. 14 ff. Pufendorf, Obs. III, 178. Gensler im A. f. c. Pr. Bd. 3 Nr. 22.

13) Fr. 7 qui test. fac. poss. (28, 1). Pufendorf l. c. Gensler a. a. O. Unter der Voraussetzung, daß durch sorgfältige amtliche Untersuchung feststeht, ein Taubstummgeborner sey durch Unterricht zur Fähigkeit des schriftlichen oder mündlichen Ausdruckes gelangt, sehen aus dem Standpunkte des neuesten Rechtes von dem Erforderniße landesherrlicher Dispensation ab — Göschen, Civilrecht §. 790; Puchta, Pand. §. 463. Vgl. indessen Vangerow, Bd. 2 §. 428 Nr. 1.

14) Nicht über das adventitium (regulare und irregulare) — C. 11 qui test. fac. poss. (6, 22), nicht einmal mit Zustimmung des Vaters. Pr. Inst. quibus non est permissum (2, 12). Vgl. jedoch unten §. 647 Nr. 1.

15) Pr. cit. Vgl. fr. 3 §. 1, fr. 16 pr., C. 11, 12 qui test. fac. poss.

Wenn außerdem noch rechtskräftig zum Tode verurtheilte Verbrecher[16]), wenn noch notorische Zinswucherer[17]) und Personen, die als Pasquillanten verurtheilt sind[18]), als unfähig zu testiren bezeichnet werden, so gehört das heutzutage dem praktischen Rechte nicht mehr an.

## §. 523.

## C. Von der Form der Testamente.

### Vorbemerkung.

Die Testamente sind der Form nach entweder Privattestamente oder öffentliche (unter Auctorität des Regenten oder eines Gerichtes). Für jene ist entweder die regelmäßige Form zu beobachten (reguläre Privattestamente), oder es kann oder muß eine von der Regel abweichende Form eingehalten werden (irreguläre Privattestamente).

## §. 524.

## 1) Von der Form der Privattestamente.

### a) Von der regelmäßigen.

#### α) Allgemeine Erfordernisse.

Das regelmäßige Privattestament erfordert

1) die gleichzeitige Gegenwart von sieben[1]) männlichen[2]), hierzu fähigen Zeugen, welche sich diesem Geschäfte freiwillig

---

16) Fr. 8 §. 4, fr. 13 §. 2 qui test. fac. poss. Puchta, Pand. §. 463 Nr. 1. Vangerow, Bd. II. §. 428, III.

17) Cap. 2 de usuris in VIto. Siehe Wächter im Archiv f. c. Pr. XVII, S. 422.

18) Fr. 18 §. 1 qui testamentum facere possunt. Vgl. Wächter a. a. O. S. 437 f.

1) §. 3 Inst. de testam. ord. (2, 10); C. 21 pr. de testam. (6, 23). Auch der Notar, der zur Redaction oder Beurkundung des Testaments zugezogen wurde, kann in die Zahl der Zeugen eingerechnet werden. Fr. 27 qui test. fac. poss. (28, 1).

2) Fr. 20 §. 6 eod.

unterziehen[3]) und zu demselben von dem Testator aufgefordert werden (testes rogati)[4]). Die Zeugen müssen den Testator hören und sehen[5]).

Unfähig zur Zeugschaft bei Testamenten sind[5a])

a) Personen, welche wegen eines Mangels an Körper oder Geist die Bedeutung des Actes nicht zu erkennen vermögen, insbesondere Wahnsinnige, Unmündige[6]); nebstdem

b) Stumme, Taube[7]) und Blinde[8]);

c) gerichtlich erklärte Verschwender[9]);

d) Personen, denen wegen Bescholtenheit die Glaubwürdigkeit fehlt[10]);

---

3) Fr. 20 §. 10 eod.

4) Daß sie ausdrücklich deßwegen in das Haus des Testirers gebeten wurden, ist nicht erforderlich. Vgl. fr. 21 §. 2 eod. Es genügt, daß die rogatio vom Testator ausgegangen resp. genehmigt, und daß die Zeugen mit dem Zwecke ihrer Anwesenheit bekannt gewesen oder vor Eröffnung des Actes damit bekannt gemacht worden. An eine besondere Förmlichkeit ist die rogatio testium nicht gebunden. Vgl. Seufferts Archiv I, Nr. 95, 1. Die rogatio muß vom eingesetzten Erben bewiesen werden. Seufferts Archiv a. a. O. 8. Daher ist es gewöhnlich, daß die Zeugen die geschehene rogatio bei ihrer Unterschrift bemerken.

5) C. 9 de testam. (6, 23); C. 8 in f. qui testam. fac. poss. (6, 22); fr. 22 §. 6 eodem (28, 1). Koch, de conspectu testatoris. Giessen 1785. Seufferts Archiv a. a. O. 5. Daß die Zeugen schon früher mit dem Testator persönlich bekannt gewesen seyn müssen, ist nicht vorgeschrieben. Vangerow, Bd. 2 §. 444, I. Nr. 6. Vgl. indessen Glück, Comm. Bd. XXXIV. S. 304.

5a) Ueber den Fall, wenn über die Qualification des Zeugen geirrt worden, vgl. §. 71 zu Note 2 und 8. Die Meinungen sind verschieden. Glück a. a. O. S. 341 f. Puchta, Pand. §. 465 a. E. — Später eintretende Unfähigkeit schadet nicht. Fr. 22 §. 1 eod. Nur kann dadurch die Beweiskraft der Aussage eines Zeugen geschmälert werden.

6) §. 6 Inst. de testam. ord. (2, 10).

7) §. 6 Inst. cit. Von Harthörigen s. Seufferts Archiv a. a. O. 2.

8) Arg. C. 9 de testam. Koch l. c. Glück a. a. O. S. 295 f. Abw. Vangerow, Bd II. §. 444, I. Nr 1.

9) §. 6 Inst. cit. Not.-Ordn. v. 1512 Tit. 22.

10) Nov. 90 cap. 1: „quia fide digni sunt, testimonium perhibere". Vergl. übrigens Glück a. a. O. Seite 321—339. Puchta a. a. O. §. 465 Note u. Vangerow a. a. O. Nr. 4.

e) Hauskinder des Erblassers [11]; ebenso

f) der Erbe [12], und wer mit dem Erben durch väterliche Gewalt in dem Verhältnisse der Einheit der Person steht [13].

Der Vermächtnißnehmer und Fideicommißerbe sind nicht ausgeschlossen [14]. Auch steht es nicht im Wege, daß die Zeugen unter sich durch väterliche Gewalt verbunden sind [15].

Nebstdem wird

2) Einheit der Handlung (unitas actus) [16] erfordert, d. h. der Act der Errichtung muß vom Anfang bis zum Ende [17])

---

11) §. 9, 10 Inst. de test. ord. Ob der Hausvater des Erblassers und dessen in derselben Gewalt stehende Brüder fähige Zeugen seyen oder nicht, kann nur bei dem Testamente eines Haussohnes über peculium castrense vel quasi in Frage kommen. Die Frage wäre nach §. 9 cit. zu verneinen. Aber die bejahende Entscheidung in fr. 20 §. 2 qui test. fac. poss. hat, da der Testirer bei diesem Acte als Hausvater gilt (§. 487), die rechtliche Natur der Sache für sich. Puchta, Pand. §. 465. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 144; Glück a. a. O. S. 368 f.

12) Auch der Substitut. Hofacker, princ. §. 1264. Der Umstand, daß der (in dem mündlichen Privattestamente) eingesetzte Erbe während des Errichtungsactes im Krankenzimmer des Testators anwesend sich befunden, wurde für unerheblich erachtet. Seufferts Archiv a. a. O. 6.

13) §. 10 Inst. cit.

14) Fr. 20 pr. qui test. (28, 1). v. Löhr im A. f. c. Pr. II, S. 189, 190.

15) Fr. 22 pr. qui test. fac. poss.

16) Das Schreiben des Testamentes kann vorhergegangen seyn. C. 21 de test. Die Not.-O. a. a. O. §. 5 bestimmt: „Es ist auch in jedem Testamente, ob es gleich nuncupativum als ohne Schrift gemacht wäre, nöthig, daß alle Handlung, so zu solches Testaments Aufrichtung ergangen, vor dem Testirer und denen Zeugen, ehedenn sie von einander scheiden, vorgelesen werde." Diese Vorschrift begründet keinen Zusatz der gesetzlichen Testamentsform, sondern setzt nur die Bedingung fest, von welcher die Beweiskraft der den Hergang der Testamentserrichtung beschreibenden Urkunde abhängen soll. Kann demnach die Gesetzmäßigkeit des Herganges auf andere Weise, z. B. durch Vernehmung der Zeugen, dargethan werden, so ist die Beobachtung jener Vorschrift für die Wirksamkeit des Testamentes nicht wesentlich.

17) Die Handlung beginnt mit der rogatio testium; sie schließt bei dem mündlichen Testamente mit Vollendung der Erklärung, beim schriftlichen mit der Unterschrift und Siegelung des letzten Zeugen. — Daß die in der Mitternachtsstunde vorgenommene Handlung theilweise in einen andern Kalendertag fällt, ist unschädlich. Puchta, Pand. §. 464 Note f.

in Einem fort, ohne Unterbrechung durch fremdartiges Beginnen vor sich gehen [18]). Unterbrechungen durch Zufälle oder Naturbedürfnisse, mögen sie vom Testirer oder von den Zeugen ausgehen, schaden nicht [19]).

## §. 525.

### β) Besondere Erfordernisse des schriftlichen und mündlichen Testamentes.

Die besondere Form

1) des schriftlichen Testamentes besteht darin, daß der Testator den ganzen Aufsatz entweder eigenhändig schreibt, und dies darin bemerkt (test. holographum) [1]), oder, wenn er von einem Anderen geschrieben ist, denselben in Gegenwart der Zeugen durch Unterschrift anerkennt (test. allographum) [2]). Kann der Testirer nicht schreiben, so muß ein achter Zeuge zugezogen werden, der in seinem Namen unterzeichnet [3]). Eine Unterschrift mit Anfangsbuch-

---

18) Fr. 21 §. 3 qui testam. fac. poss. Vergl. §. 3 Inst. de testam. (2, 10). C. 21 pr. eod. (6, 23). Not.-Ordn. a. a. O. §. 7. Vgl. Seufferts Archiv a. a. O. 4.

19) C. 28 pr. de testam. (6, 23). Ueber den Beweis der Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse vgl. Seufferts Archiv a. a. O. 8. Bl. f. R.-A. XIII, 220. S. unten §. 580.

1) C. 28 §. 1 de testament. (6, 23). Löhr im Archiv für civil. Praxis II, S. 190, 191.

2) C. 21 pr. eod. Löhr a. a. O. Nicht mit geführter Hand. Hagemann und Günther, Archiv II, Nr. 4.

3) C. 21, 28 §. 1 eod. Daß in solchem Falle das Testament vor den Zeugen vorgelesen werde, ist nicht erforderlich. Thibaut im Archiv für c. Pr. VI, S. 226 ff. Der achte Zeuge muß die Eigenschaft eines Testamentszeugen haben, er schreibt seinen eigenen Namen, nicht den des Testirers, wobei jedoch räthlich, zu bemerken, daß die Unterschrift statt des schreibunkundigen Testirers hinzukomme. Die Meinung, welche diese Bemerkung für nöthig erachtet, stützt sich auf die Worte der Not.-Ordn. a. a. O. §. 7: „durch eines anderen achten Zeugen Hand in seinem Namen und auf sein Begehren an einem Ort des Testaments unterschreiben lasse.“ — Daß der achte Zeuge seiner Namensunterschrift ein Siegel beidrücke, ist nicht erforderlich. Seufferts Archiv IV, Nr. 62.

staben oder anderen den Namen nicht ausdrückenden Zeichen macht den achten Zeugen nicht entbehrlich[4]).

Der Aufsatz wird von dem Testirer den Zeugen mit der Bemerkung, daß es sein Testament sey, vorgelegt[5]), und sodann von Jedem derselben unterschrieben und untersiegelt[6]). Gleichgiltig ist es, ob jeder der Zeugen sein eigenes oder ein fremdes Siegel gebraucht[7]), sie können sich alle desselben Siegels bedienen[8]), und zwar selbst jenes des Testirers[9]).

Der Aufsatz kann den Zeugen, welchen der Inhalt verborgen bleiben darf[10]), auch verschlossen in einem Umschlag vorgelegt werden, und in solchem Falle die Namenszeichnung und Siegelung der Zeugen auf dem Umschlage (in involucro) geschehen[11]).

Im Uebrigen ist noch zu bemerken, daß Correcturen in dem Aufsatze an sich, d. h. insofern dadurch die Willenserklärung nicht zweifelhaft wird, nicht schaden[12]); auch ist die Beifügung des

---

4) Wiesen, de subscr. testator. analphab. per cruces. Wirc. 1778. Roth, de subscr. testator. per notas. Wirc. 1821.

5) C. 21 pr. eod. Löhr a. a. O.

6) §. 5 Inst. de testam. ord. (2, 10); fr. 22 §. 2, 5, fr. 30 qui testam. fac. poss. (28, 1); C. 21 pr. de test. Not.-Ordn. v. 1512 Tit. I. §. 7. Vgl. Löhr a. a. O. S. 328 ff. mit Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. II. S. 182—186 und Spangenberg im Archiv f. c. Pr. V, S. 151—158. — Nach röm. Rechte mußten die Zeugen bei ihrer Unterschrift den Namen des Testators anführen (fr. 30 cit.). Da aber die Not.-Ordn. dies nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, so wird heutzutage die bloße Namensunterschrift der Zeugen für hinreichend gehalten. Glück, Comm. XXXIV, S. 424. S. jedoch Note 3.

7) Fr. 22 §. 2 cit. Not.-Ordn. a. a. O. §. 10.

8) §. 5 Inst. de testam. ord. (2, 10).

9) Fr. 22 §. 2 cit. Glück a. a. O. S. 430.

10) C. 21 pr. de testament. Daher kann das Testament in einer beliebigen Sprache abgefaßt seyn, von welcher die Zeugen Nichts verstehen. Fr. 20 §. 9 qui test. fac. poss. (28, 1). C. 21 §. 4 de test.

11) G. L. Boehmer, de testam. signato et subscripto in involucro (elect. Tom. I.). Vgl. meine Erl. zum Erbrechte S. 14 Nr. 11, b. — Geschah die Vorlage in einem unverschlossenen Umschlage, so ist die Verschließung mit den Zeugensiegeln zu bewerkstelligen. Vangerow, §. 445 Nr. 2 lit. b.

12) C. 12 de testam. (6, 23).

Datum nicht erforderlich[13]), die Materie, auf welcher geschrieben wird, gleichgiltig[14]), und nur die Zeichenschrift (wozu die Stenographie gehört) unzulässig[15]).

2) Das mündliche (testam. nuncupativum) solenne Privattestament erfordert, daß der Testirer seinen Willen den Zeugen vollständig[16]) und so vortrage, daß er von Allen vollkommen verstanden wird[17]). Daher muß er sich einer Sprache bedienen, welcher sämmtliche Zeugen kundig sind[18]). Unschädlich ist es, daß die Erklärung abgefragt wird[19]).

Häufig wird die mündliche Erklärung des Testirers des Beweises wegen sofort in eine Urkunde gebracht (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Geschieht dies nun unter Beobachtung aller Formen eines schriftlichen Testamentes, so kann das Testament zugleich als mündliches und schriftliches gelten. Dasselbe ist der Fall, wenn der Testirer den Inhalt des schriftlichen Testamentes den Zeugen vollständig und verständlich vorgetragen hat[20]).

Soll übrigens die Urkunde nur als Beweismittel gelten, so genügt, wenn sie nach geschehener Vorlesung (§. 524 Note 16) von dem beigezogenen Notar und zwei Zeugen, oder ohne Notar von

---

13) Glück, Comm. XXXIV, S. 468 f.

14) §. 12 Inst. de testam. ord. (2, 10).

15) Fr. 6 §. 2 de bon. poss. (37, 1) fordert Buchstabenschrift (literas).

16) Fr. 25 qui test. fac. poss. (28, 1).

17) Fr. 21 pr. eod.; C. 21 §. 2 de testam. (6, 23). Vgl. C. 29 eod.; §. 14 Inst. de testam. ord. Not.-Ordn. a. a. O. §. 8.

18) Vgl. C. 26 eod.: „Testibus *manifestari*."

19) Seufferts Archiv III, Nr. 182. Vergleiche A. Faber, Err. Pragm. Dec. LXIX. Err. 1, 2. Hofacker, princ. §. 1267, welcher jedoch bemerkt: „Dummodo libera testatoris voluntas certa sit atque explorata." Die Antwort durch bloßes Zuwinken genügt nicht. Hofacker loco cit. not. b.

20) Dieser doppelte Charakter ist nützlich für den Fall, wenn entweder in der einen oder in der anderen Hinsicht etwas versehen wurde. Vgl. übrigens Hofacker l. c. §. 1270. Von obwaltendem Zweifel, ob ein schriftliches oder mündliches Testament anzunehmen, — siehe Seufferts Archiv I, Nr. 95, 7. Es ist anzunehmen, daß die Absicht des Testirers auf diejenige Form gerichtet gewesen sey, nach welcher die Aufrechthaltung seines Willens am wenigsten Schwierigkeiten unterliegt.

drei Zeugen zur Beglaubigung unterzeichnet wird[21]). Diese Beweisurkunde ist nicht das Testament selbst, und letzteres daher, wenn jene verloren geht, insofern nicht gefährdet, als es sonst an Beweisen (durch Abhörung der Zeugen) nicht fehlt[22]).

## §. 526.

### b) Außergewöhnliche Testamentsform.

#### α) Mit vermehrten Solennitäten — beim Testamente eines Blinden.

Ein blinder Testirer muß[1])

1) jedenfalls nebst den sieben Zeugen einen Notar oder in Ermanglung eines solchen einen achten (nach §. 524 fähigen) Zeugen zuziehen;

2) den Erben nicht nur nennen, sondern auch dessen Person durch Angabe besonderer Merkmale näher bezeichnen. Ist

3) das Testament schon vorher aufgeschrieben worden, so muß es ihm vor den Zeugen vorgelesen und von ihm genehmigt, und sodann von dem Notar und sämmtlichen Zeugen unterzeichnet und gesiegelt werden.

4) Auch wenn das Testament mündlich errichtet wird, muß sein Inhalt sofort niedergeschrieben und wie bei dem schriftlichen von Notar und Zeugen unterschrieben und besiegelt werden[2]).

Daß die unter Nr. 3 gedachte Vorlesung und Genehmigung auch bei Testirern, welche weder lesen noch schreiben können, erforderlich sey, läßt sich mit Grund nicht behaupten[3]).

---

21) Not.-Ordn. v. 1512 Tit. Testam. §. 5.

22) S. §. 524 Note 16

1) S. Const. 8 qui testamentum facere possunt (6, 22). Not.-Ordn. a. a. O. §. 9.

2) Bezüglich der über den Act gefertigten Urkunde gilt das in §. 524 Note 16 und § 525 a. E. Bemerkte. — Für beide Fälle bestimmt (im Einklang mit der C. 8 cit.) die Not.-Ordn., daß die Unterschriften und „Bezeichnungen" von Notar und Zeugen an das Ende der Urkunde gesetzt werden müssen. Glück im Comm XXXIV, S 36 f

3) Siehe oben §. 525 Note 3 Vgl. noch Pufendorf, animadv. Nr. 76. A. M. ist J. H. Boehmer de test. non praelecto §. 10—50. (Exerc. ad Pand. Tom. IV. Nr. 75).

## §. 527.

### β) Mit verminderten Solennitäten.

#### a) Vom Testamente der Soldaten[1].

Befindet sich der Soldat gerade im Gefechte (in der Uebung des Streites), so kommt es auf Beobachtung einer Form nicht an, sondern es handelt sich nur vom Beweise der geschehenen Willenserklärung[2]. Dieser läßt sich in der Aufzeichnung an irgend einem Gegenstand[3], in Buchstaben oder Zeichenschrift finden[4], und ebenso ist bei einer mündlichen Erklärung nur der Beweis (durch gewöhnliche Beweiszeugen) in Frage[5]. Soldaten, die zwar im Felde, aber nicht gerade in Uebung des Streites sind, müssen wenigstens zwei (Solennitäts-) Zeugen zuziehen[6].

Derselbe Unterschied ist zu machen, wenn der Soldat ein vor dem Feldzuge errichtetes Testament bekräftigen[7] oder widerrufen[8] will.

## §. 528.

#### b) Von Testamenten, die auf dem Lande errichtet werden[1].

Bei Testamenten, die auf dem Lande errichtet werden[2], ist soviel nachgelassen, daß

---

1) Haenel, de testamento militari. Diss. 1 & 2. Lipsiae 1816. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLII, S. 19 f. S. auch (insbesondere hinsichtlich der Ausdehnung des Vorrechtes auf Nichtsoldaten, und der Zeitgränze für die Wirksamkeit des jure militari errichteten Testamentes) oben §. 520.

2) Not.-Ordnung a. a. O. §. 2 vergl. mit fr. 1 pr., fr. 36 pr., fr. 40 pr. de testamento militari (29, 1); §. 1 Inst. eod. (2, 11); Const. 15 eodem (6, 21).

3) C. 15 de test. milit. (6, 21).

4) Fr. 40 pr. eod. (29, 1).

5) §. 1 Inst. eod. (2, 11); fr. 24 eod.

6) Not.-Ordn. a. a. O. Vergl. pr. Inst., fr. 42, Const. 17 de testamento militari.

7) Fr. 9 §. 1, fr. 15 §. 2, fr. 20 §. 1, fr. 25 eod.

8) Fr. 15 §. 1, fr. 17 §. 2, fr. 34 §. 2 eod.

1) Mühlenbruch in Glücks Comm. XLII, §. 1484.

2) C. 31 de testam. (6, 23). Not.-Ordn. a. a. O. §. 2. Viele Rechtslehrer

1) fünf Zeugen, sofern man deren sieben nicht zusammenbringen konnte, genügen, und

2) beim schriftlichen Testamente, wenn nicht alle Zeugen schreiben können, die Schreibkundigen auch für die Uebrigen unterschreiben, und wenn Keiner derselben des Schreibens kundig ist, die Unterschriften der Zeugen ganz fehlen können. Nur ist diese zweite Begünstigung dadurch bedingt, daß der Inhalt des Testamentes, zumal die Erbeinsetzung, den Zeugen bekannt gemacht werde, um später eidlich darüber aussagen zu können.

Uebrigens hat der in einem privilegirten Testamente eingesetzte Erbe im Läugnungsfalle den Beweis zu führen, daß der vorausgesetzte Nothfall vorhanden gewesen sey[3]).

## §. 529.

### c) Vom Testamente zur Pestzeit.

Testamente, welche zur Zeit einer gefährlichen Epidemie errichtet werden, sind darin begünstigt, daß das gleichzeitige Beisammenseyn der Zeugen nicht erfordert wird, vielmehr einer nach dem andern eintreten, unterzeichnen und siegeln darf[1]).

---

beschränken dieses Privilegium auf die von Bauern errichteten Testamente. Hofacker, Principia §. 1381. Thibaut, P.-R. §. 710. Schweppe, R. P.-R. §. 821. Aber es bedarf wohl keiner analogen Anwendung, sondern nur einer richtigen Auslegung, um den hier angenommenen weiteren Umfang der fraglichen Verordnung zu rechtfertigen. — Marezoll im A. f. c. Pr. IX, S. 297 f. Wächter in der Tübinger Zeitschrift II, S. 169 f.

3) Marezoll a. a. O. S. 315 und Wächter a. a. O. S. 174. Emminghaus im A. f. c. Pr. XIX, S. 264. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 260 f. Puchta, Vorles. zu §. 467. Zu dem heutigen Verhältnisse unserer ländlichen Bevölkerungen paßt es nicht, den Nothfall zu vermuthen.

1) C. 8 de testament. (6, 23). Die Ansichten über den wahren Sinn dieses Rescriptes sind sehr verschieden. Vergleiche Marezoll in der Gießener Zeitschrift IV, S. 77. Vangerow, Bd. II. §. 444 S. 147. Puchta, Vorl. zu §. 467. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLII, §. 1485, welcher der Ansicht beipflichtet, die Anwendung der C. 8 setze einen mit der epidemischen Krankheit behafteten Testirer voraus. — Oben ist die gemeine Meinung vorgetragen. Nach der Natur der Sache empfiehlt sich

Uebrigens hängt die Wirksamkeit des in dieser Art errichteten Testaments keineswegs davon ab, daß der Testirer an der zur Zeit der Errichtung herrschenden Krankheit wirklich gestorben sey[2]).

### §. 530.

*d)* Vom Testamente zu frommen Stiftungen.

Letztwillige Verfügungen zu frommen Stiftungen[1]) gelten[2]), wenn sie unter Zuziehung von zwei Zeugen mündlich oder schriftlich errichtet werden[3]). Sind in einem solchen Testamente neben der frommen Stiftung noch andere Personen bedacht, so ist letztere Verfügung unwirksam[4]).

Uebrigens wird ein nach der regelmäßigen Form, jedoch unvollkommen errichtetes Testament soweit, als darin eine Stiftung bedacht ist, aufrecht erhalten, wenn nur die Beobachtung der privilegirten Form vorliegt[5]).

---

die Deutung der Basiliken, wo es (nach Fabrots Uebersetzung) heißt: „Si metuerint testes accedere propius ad testatorem, ne morbi contagione inficiantur, permittatur eis, ut separatim ab eo testamentum signent."

2) Mühlenbruch a. a. O. S. 284

1) Stiftungen für Kirchen, Hospitäler, für die Armen und Gefangenen, für Erziehung und Unterricht. Die Erstreckung auf Stiftungen zu anderen gemeinnützigen Zwecken hat eine entschiedene Praxis nicht für sich. Vgl. J. H. Boehmer, J. E. P. Lib. III. Tit. 26 §. 12 sequ. Pfeiffer, prakt. Ausf. II, S. 339. Mühlenbruch in Glücks Commentar XLII, §. 1479, welcher (S. 132) selbst die Anwendung auf Schulen und Universitäten für bedenklich hält.

2) Nur von formellen Bedingungen der Geltung handelt es sich hier. Mühlenbruch a. a. O. S. 134.

3) Cap. 4, 11, X. de testamentis (3, 26). Die Zeugen müssen fähige Testamentszeugen seyn. Vergl. Pufendorf, Obs. I, 172. Mühlenbruch a. a. O. S. 133 f. Die Ansichten sind verschieden. Die Praxis des O.-A.-G. zu Cassel fordert nur Gewißheit des Willens, gleichviel mit welchen Mitteln dargethan. Pfeiffer a. a. O. S. 340. S. auch Puchta, Vorl. zu §. 468.

4) Pfeiffer a. a. O.

5) Pfeiffer a. a. O. S. 339.

## §. 531.

γ) Mit veränderten Solennitäten — beim Testamente der Eltern unter ihren Kindern [1]).

Testirt ein Ascendent zu Gunsten seiner Descendenten [2]), so kann er sich einer besonderen, für diesen Fall eingeführten Form bedienen [3]). Diese besteht bei der mündlichen Errichtung in der Zuziehung von zwei (nach §. 524 fähigen) Zeugen [4]). Das schriftliche Testament erfordert [5]) keine Zeugen, wohl aber

1) daß der testirende Ascendent den Aufsatz entweder selbst schreibe oder doch unterschreibe,

---

1) Euler, de testament. et divis. parentum inter liberos. Berolin. 1820. Fritz, Entwicklung der Lehre des Testaments der Eltern unter Kindern. Gießen 1822. Müller, de test. par. inter lib. 1828. Mühlenbruch in Glücks Comment. XLII, §. 1480 f.

2) Ob in einem solchen Testamente auch mittelbare Descendenten, zwischen denen und dem Erblasser noch ein anderer in der Mitte steht, als Erben eingesetzt werden können, ist streitig. Vergleiche Fritz a. a. O. §. 23. Pufendorf, Observ. II, 30. v. Bülow, Abh. Th. I. S. 190, 191. S. auch Puchta, Vorl. zu §. 468, welcher sich (wie Mühlenbruch a. a. O. S. 171) für die Verneinung der Frage entscheidet. — Den leiblichen Kindern sind die Adoptivkinder gleichzuachten; auch macht in Ansehung der Mutter und mütterlicher Ascendenten die uneheliche Geburt keinen Unterschied. Mühlenbruch a. a. O. S. 174.

3) Nov. 107 cap. 1.

4) Not.-Ordn. v. 1512 Tit. von Testamenten §. 9. Mühlenbruch a. a. O. S. 224. Seufferts Archiv II, Nr. 70. Vergl. jedoch Fritz a. a. O. §. 37 f. v. Bülow, Abhandl. Th. II. Nr. 14. — Ueber die Fragen, ob und wie Blinde sich dieser Testamentsform bedienen können, — vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 227 f. Zufolge der Worte der Not.-Ordn. a. a. O. §. 11: „und andern seinen letzten Willen" ist es die gemeine Meinung, daß diese Testamentsform für Blinde unstatthaft sey. Glück, Comm. Bd. XXXIV. S. 38.

5) Nov. 107 cap. 1. Vergl. C. 21 §. 1 de testam. (6, 23). S. auch C. 26 fam. erc. (3, 36). Für die Niederschreibung eines mündlich errichteten letzten Willens werden obige Förmlichkeiten nicht erfordert; hierfür gilt auch bei dieser Testamentsart das in Note 16 zu §. 524 Bemerkte. Mühlenbruch a. a. O. S. 226.

2) eigenhändig das Datum beifüge[6]), ebenso

3) eigenhändig die Namen der eingesetzten Descendenten einzeichne[7]), und daß

4) die denselben bestimmten Erbtheile nicht mit Zahlen, sondern mit Buchstaben angegeben werden[7a]).

In einem auf solche Art errichteten Testamente kann der Ascendent jede ihm in Ansehung seiner Descendenten zukommende Verfügung treffen[8]), insbesondere sie auch (unter den gesetzlichen Voraussetzungen) enterben[9]).

Zu Erben können hier nur Descendenten (vergl. Note 2), nicht auch andere Personen eingesetzt werden, und die Hinterlassung eines Vermächtnisses an solche erfordert die Zuziehung von fünf Zeugen[10]).

---

6) Vergl. hierüber Andreä im Archiv f. c. Pr. IV, Nr. 25. Mühlenbruch a. a. O. S. 193. Die Frage, ob das Datum gerade am Anfang stehen müsse, ist zu verneinen.

7) Vergl hierüber Thibaut in den civ. Abh. S. 119. Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel (in Seufferts Archiv II, Nr. 68) sagt: „Es läßt sich nicht annehmen, daß durch Nov. 107 cap. 1 stets eine Angabe der verschiedenen Vor- und Zunamen der Kinder habe vorgeschrieben werden wollen, vielmehr ist zu unterstellen, Justinian habe nur festsetzen wollen, daß die zweifellose Bezeichnung der Erben mit eigener Hand durch den Testator erfolge, und, wo den Kindern verschiedene Erbtheile bestimmt wurden, dieselben besonders zu benennen seyen." Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 195.

7a) Vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 71. Es ist hier nur von dem Falle die Rede, wo der Erblasser verschiedene Theile bestimmt. — Auch für diese Angabe (wie für die Zutheilung einzelner Vermögensgegenstände) wird von Vielen Eigenhändigkeit erfordert. Mühlenbruch a. a. O. S. 197.

8) z. B. einen Vormund ernennen, eine Substitution (sofern damit ein unter dem Privilegium begriffener Descendent honorirt wird) anordnen. Mühlenbruch a. a. O. S. 208.

9) A. M. ist Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 47. S. aber Mühlenbruch a. a. O. S. 209 f., nach dessen Ansicht Vormundsernennungen und Enterbungen vom Testirer eigenhändig niedergeschrieben werden müssen.

10) Verfügungen zu Gunsten anderer Personen wenn sie in solchen Testamenten vorkommen, werden sonst für nicht geschrieben erachtet. Vgl. Nov. 107 cap. 1 mit Const. 8 §. 3 de codic. (6, 36). Euler l. c. pag. 60—72.

Ueber Aufhebung von Testamenten solcher Art s. unten §. 548 zu Note 10.

Verschieden von dem Testamente der Eltern unter Kindern ist die Theilung der Eltern unter Kindern [11]). Die letztere begründet keine Testamentserbfolge, setzt keine Erbschaftsquoten fest, sondern bestimmt nur, wie die Erbschaft unter den Kindern, als Intestaterben, getheilt werden solle [12]). Der Ascendent besorgt durch dieselbe das judicium familiae erciscundae. Sie kann sämmtliche Gegenstände der künftigen Erbschaft oder nur einen Theil umfassen [13]), und durch Uebergabe der den einzelnen Erben bestimmten Sachen schon bei Lebzeiten des Testirers vollzogen werden [14]); auch sich auf Zuweisung von Nachlaßschulden an diesen oder jenen Miterben erstrecken [15]). Eine zu diesem Zwecke bestimmte letztwillige Verfügung muß in einem schriftlichen Aufsatze geschehen, welcher entweder vom Erblasser oder von den erbenden Kindern zu unterzeichnen ist [16]). Auf Gleichstellung bei der Vertheilung kommt es

---

Abweichend ist v. Bülow, Abh. Th. I. S. 191, 192, 204. Daß die Zeugen die Urkunde unterzeichnen, ist nicht verordnet, jedoch im Hinblick auf die Meinungsverschiedenheit räthlich. Mühlenbruch am ang. O. S. 215 Note 44.

11) Vgl. unten §. 591 Note 7. Was hier unter Kindern zu verstehen, siehe oben Note 2.

12) Es kann indessen auch vorkommen, daß Jemand ein Testament gemacht und in demselben seine Kinder eingesetzt hat, hinterher aber sein Vermögen oder einzelne Gegenstände desselben unter die Kinder vertheilt. Mühlenbruch a. a. O. S. 232.

13) Vergl. hierüber §. 591 Note 7. Das unvertheilt Gebliebene fällt an die sämmtlichen mit einander concurrirenden Erben nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge oder der in einem etwaigen Testamente bestimmten Einsetzungsweise. C. 21 fam. erc. (3, 36).

14) Nach röm. Rechte auch hier mit Vorbehalt des Widerrufes. Ohne Bedenken kann die Theilungshandlung heutzutage die Natur eines Vertrages annehmen. Vergl. Batz, Abh. S. 242—254. S. auch Seufferts Archiv I, Nr. 78.

15) Unbeschadet des Rechtes der Gläubiger, die einzelnen Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile in Anspruch zu nehmen. Fr. 20 §. 3 vgl. mit fr. 3 fam. erc.

16) Nov. 18 cap. 7, Nov. 107 cap. 3. Vergl. Seufferts Archiv Band 1 Nr. 100. Die Unterzeichnung der Kinder wirkt unter ihnen als Anerkennung. Mühlenbruch a. a. O. S. 244.

nicht an, unbeschadet der Pflichttheilsrechte [17]). Von Bestimmungen über Collation in der elterlichen Theilung s. §. 585.

### §. 532.

### 2) Von den öffentlichen Testamenten [1]).

Bei den öffentlich errichteten Testamenten wird die sonst erforderliche Form durch den öffentlichen Glauben der Behörde überflüssig gemacht [1a]).

Die Errichtung kann vor dem Regenten geschehen, indem der letzte Wille demselben bittschriftlich überreicht wird [2]).

Weit häufiger kommt das gerichtliche Testament vor, bei welchem der Testirer entweder seinen schriftlich aufgesetzten Willen an ein Civilgericht übergibt (testamentum judici oblatum), oder den Inhalt des Testaments vor demselben zu Protokoll erklärt (testamentum ad acta factum). An sein ordentliches Gericht ist der Testirer nicht gebunden, sondern jedes beliebige Civilgericht ist für diesen Act competent [3]).

Bei Ueberreichung eines schriftlichen Aufsatzes ist es nicht erforderlich, das Gericht von dem Inhalt in Kenntniß zu setzen; vielmehr kann er verschlossen übergeben werden. Ueber den Act der Uebergabe wird (so wie bei dem mündlichen über den Act der Erklärung) ein Protokoll gefertigt, das überreichte oder protokollirte Testament bei Gericht verwahrlich hinterlegt, und über die Hinter-

---

17) Fr. 39 §. 1 fam. erc. (10, 2); C. 16, 21 eod.

1) Glück im Comm. XXXIV, S. 154 f.

1a) Was nach der Natur der Sache zur Gewährleistung der Aechtheit nöthig ist, darf darum nicht versäumt werden, so die Vorlesung und Genehmigung des von einem blinden Testirer der Behörde überreichten Testamentsaufsatzes. Glück a. a. O. S. 37. In Bezug auf Testirer, welche des Lesens oder auch nur des Schreibens unkundig, läßt sich Gleiches nicht behaupten. Glück a. a. O. S. 47.

2) C. 19 de test. (6, 23). Walch, de test. principi oblato (Op. Tom. I. p. 120).

3) Pufendorf, de jurisdict. german. P. I. cap. 4 §. 57. Glück im Comm. a. a. O. §. 1410. Jedoch ist jeder Richter auch zu diesem Acte nur innerhalb seines Gerichtsbezirkes competent.

legung dem Testirer auf Verlangen eine Bescheinigung zugestellt[4]). Gleichgiltig ist es, ob der Act an gewöhnlicher Gerichtsstelle oder z. B. in der Wohnung des Testirers vorgenommen werde[5]). Dagegen wird erfordert, daß er vor wohlbesetztem Gerichte geschehe, so daß, sofern nicht Particulargesetze oder Gewohnheiten eine Abweichung gestatten, die Giltigkeit der Handlung durch Zuziehung eines Actuars oder zweier Zeugen (Schöffen) bedingt ist[6]).

Im Uebrigen ist noch zu bemerken:

1) Die Uebergabe des schriftlichen Testamentes an den Richter kann nicht durch einen Bevollmächtigten, sie muß in Person geschehen[7]).

2) Die Zurücknahme des gerichtlich hinterlegten Testamentes bewirkt an und für sich die Entkräftung desselben nicht; vielmehr ist es forthin für giltig zu achten, sofern es sich bei dem Tode des Testirers in unverändertem Zustande und insbesondere mit den Zeichen der richterlichen Beglaubigung vorfindet[8]).

### §. 532 b.

### 3) Von dem gemeinschaftlichen Testamente mehrerer Personen[1]).

Manchmal geschieht es, daß mehrere Personen ihr Testament zusammen errichten, indem die mehrseitigen Willenserklärungen in einen Aufsatz gebracht werden (pluria testamenta in iisdem ta-

---

4) Glück a. a. O. §. 1409.

5) Glück a. a. O. S. 204, 209.

6) Cap. 28, X. de testibus (2, 20); cap. 11, X. de probat. (2, 19). Leyser, Spec. 71 med. II. Quistorps Beiträge Nr. 42. Vgl. Struben, rechtl Bed. II, Nr. 51. Besteht das Gericht aus einem Collegium, so kommt es auf den Gebrauch an, ob die Uebergabe in pleno senatu oder an eine vom Dirigenten anzuordnende Commission geschieht.

7) Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 40. Glück a. a. O. S. 196 f. Seufferts Archiv II, Nr. 200. Anderer Meinung ist Pufendorf, Obs. Tom. IV. obs. 197. Meister, praktische Bemerk. Bd I. Nr. 11.

8) Vgl. Pufendorf, Obs. III, 153. Glück a. a. O. S. 221 f. Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. XXXVIII. S. 309.

1) Hasse im rhein. Museum Bd. 3 S. 239 f., S. 409 f. Glück, Comm. XXXV, S. 50 f., XXXVIII, S. 214.

bulis)[2]. Wenn nun gleich auf solche Weise mehrere verschiedene Testamente entstehen, von welchen jedes nach der Person seines Urhebers zu beurtheilen ist, so genügt doch die einfache Beobachtung der gesetzlichen Formen[3]), und nur die Aufforderung der Zeugen muß von jedem Testirer besonders geschehen.

Haben sich die mehreren Testirer gegenseitig zu Erben eingesetzt, so wird das Ganze als gegenseitiges Testament (testamentum reciprocum) bezeichnet[4]). — Soll jeder der vereinigten letzten Willen nur gelten, insofern der andere nicht widerrufen wird, so ist ein correspectives Testament vorhanden. Diese Eigenschaft findet sich am häufigsten in gemeinschaftlichen und gegenseitigen Testamenten von Eheleuten, indem diese über ihr beiderseitiges Vermögen, als über eine Masse, meistens unter Berücksichtigung der beiderseitigen Angehörigen und Verwandten, gemeinschaftlich verfügen[5]). Hat der Ueberlebende die ihm aus dem correspectiven Testamente deferirte Erbschaft angetreten, so wird es angesehen, als habe er die Erfüllung der sonstigen Bestimmungen des letzten Willens, auch in Ansehung seines eigenen Vermögens, durch Erbvertrag übernommen[6]).

---

2) Puchta (Vorlesungen zu §. 481) bemerkt, der Giltigkeit eines solchen gemeinschaftlichen Testamentes stehe der Mangel der unitas actus entgegen, jedes der beiden Testamente werde durch das andere unterbrochen. Indessen erkennt es auch Puchta als unzweifelhaft an, daß die Praxis das gemeinschaftliche Testament zulasse, insofern es ein wechselseitiges ist.

3) Arg. fr. 20 pr. de vulg. et pupill. subst. (28, 6). Natürlich wird hier Fähigkeit der Zeugen bezüglich jedes der Testirer vorausgesetzt.

4) In Fällen der gegenseitigen Erbeinsetzung kann es zweifelhaft seyn, ob nicht ein (in Deutschland giltiger) Erbvertrag vorliege. Ein solcher ist besonders dann anzunehmen, wenn die Erbeinsetzung gegenseitig acceptirt oder wenn beiderseits die Unwiderruflichkeit (Ungiltigkeit künftiger derogirender Bestimmungen) verordnet wurde. Vgl. v. Bülow und Hagemann, prakt. Erörter. IV, Nr. 29. von Schirach, Beiträge Nr. 9. Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXVIII, S. 221, 241.

5) Vergleiche Seufferts Archiv IV, Nr. 63. Mühlenbruch a. a. O. S. 244.

6) Vgl. über die verschiedenen Meinungen Hasse im rhein. Museum Bd. III. S. 245 f., Mühlenbruch a. a. O. S. 233 f., Seufferts Archiv an den zu §. 520 in Note 6 angef. Stellen. Vergleiche insbesondere in IV, 64 die Mittheilung aus der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel:

§. 533.

## D. Von der Fähigkeit, als Erbe eingesetzt zu werden (testamentifactio passiva)[1].

Erbunfähige (§. 519) können auch nicht zur testamentarischen Erbfolge berufen werden, ausgenommen von Soldaten[2]) (vergleiche §. 520). Schon zur Zeit der Testamentserrichtung darf es an der Erbfähigkeit nicht fehlen, nebstdem von Zeit der Delation bis zur Erwerbung[3]). Jedoch kommt es auch vor, daß nur auf den Zeitpunkt des Erwerbs gesehen wird[3a]).

Unzulässig und ungiltig ist die Einsetzung eines unehelich erst zu Erzeugenden, ferner eines solchen, den der Testirer mit einer Frau erzeugen würde, die er nicht heirathen kann, oder die schon verheirathet ist[3b]).

Eine Beschränkung der Fähigkeit, aus einem Testamente zu erwerben, ist in Ansehung des conjux binubus oben in §. 464

„Die Verpflichtung des überlebenden Mittestirers zum unverbrüchlichen Festhalten der in dem correspectiven Testamente auch über seinen Nachlaß getroffenen Verfügungen erstreckt sich wegen anzunehmenden mangelnden Interesses des Erstverstorbenen der Regel nach nicht auf diejenigen Anordnungen, welche in solchem Testamente lediglich über eigene Vermögensgegenstände des Ueberlebenden zu Gunsten dessen Verwandten getroffen worden sind."

1) Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXIX, §. 1437

2) Fr. 13 §. 2 de test. milit. (29, 1); C. 5 eod. (6, 21).

3) Vergleiche fr. 1 §. 4 ad SC. Tertull. (38, 17); fr. 6 §. 2, fr. 49 §. 1, fr. 50 pr., fr. 59 §. 4 de hered. instit. (28, 5); §. 4 Inst. de her. qual. (2, 19).

3a) Vgl. z. B. fr. 41 §. 1 de testam. militari (29, 1) mit C. 23 de nuptiis (5, 4). Den „mulieres probrosae" war das „jus *capiendi* legata hereditatesque" entzogen. Bezüglich dieser Unfähigkeit war der Lebenswandel zur Zeit „capiendae hereditatis" entscheidend. Vgl. fr. 62 pr. hered. instit. — Für das geltende Recht gehört hierher nur (s. jedoch auch Note 4a) der oben im dritten Absatz (unter Bezugnahme auf §. 464) erwähnte Fall. Ob zuviel zugewendet worden, ist nach der Zeit des Erwerbs zu bemessen. — Vgl. übrigens Mühlenbruch a. a. O. S. 178 f.; Vangerow, Bd. II. §. 429 Anm. 1.

3b) §. 28 Inst. de legatis (2, 20). — Fr. 9 §. 1, 3, 4 de liberis et postum. (28, 2).

vorgekommen. — Andere römisch-rechtliche Fähigkeitsbeschränkungen [4]) sind heutzutage nicht in Uebung [4a]). Siehe jedoch unten §. 597. Vgl. auch §. 534 a. E.

Abgesehen von den im zweiten Absatze bemerkten Fällen sind künftige Kinder, sowohl des Erblassers als anderer Personen, fähig, eingesetzt zu werden [5]); ebenso ungewisse Personen, sofern nur die Ausmittelung des Gemeinten in Aussicht steht [6]), insbesondere soll die unbestimmte Einsetzung: „der Armen" aufrecht erhalten werden [7]).

---

4) Vergleiche Vangerow am angef. Ort III. Mühlenbruch a. a. O. §. 1438 f.

4a) Von der Vorschrift, daß, wer rechtmäßige Kinder hinterläßt, seiner Concubine und ihren Kindern zusammen nur den zwölften, der Concubine allein nur den vierundzwanzigsten Theil seiner Erbschaft zuwenden kann (Nov. 89 cap. 12 §. 2), nimmt Puchta (Pandekt. §. 471 Note d) die praktische Geltung in Bezug auf uneheliche Kinder überhaupt an. Vgl. auch Arndts im Rechtslexikon Band III. Seite 917. Siehe indessen Mühlenbruch a. a. O. Seite 328, 338 f. Vangerow a. a. O. S. 88.

5) Vgl. §. 26—28 Inst. de legatis (2, 20). Ob auch postumi, welche beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt sind? Daß sie fideicommissarisch honorirt werden können, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. fr. 32 §. 6 de legatis II. (31). Anders verhält es sich in Ansehung directer Erbeinsetzung. Fr. 3 de bon. poss. secundum tabulas (37, 11) vergl. mit fr. 6 pr. in f. de injusto rupto (28, 3); fr. ult. de ventre in poss. mitt. (37, 9); fr. 6, 7 de suis et legit. (38, 16). Mühlenbruch a. a. O. S. 406 f.; Vangerow a. a. O. S. 92. Dagegen Glück, Intestaterbfolge. Ausgabe 2 S. 586. Vergleiche auch Heumann in der Gießener Zeitschrift XIX, Nr. 10.

6) §. 25—27 Inst. de legatis; C. un. de incertis personis (6, 48); nov. 139 cap. 9. Vergl. Vangerow a. a. O. S. 90 f. Siehe auch C. W. E. Heimbach in der Gießener Zeitschrift N. F. V, Nr. 1.

7) C. 4 de episcopis et clericis (1, 3). Die Aufrechthaltung soll in der Art geschehen, daß die Erbschaft dem Armenhaus oder Hospital des Ortes, wo der Erblasser wohnte, zu Theil wird. Befinden sich mehrere Institute dieser Art an dem fraglichen Orte, so hat das weniger bemittelte den Vorzug. C. 49 eod. — Ueber Stiftung einer pia causa (§. 55) durch letztwillige Verfügung — vergleiche Mühlenbruch a. a. O. Bd. XL. §. 1438b. S. auch Puchta, Pand. §. 27 und Arndts im Rechtslexikon Bd. III. S. 916: „Erwägt man, wie sehr das neuere römische Recht bemüht ist,

## §. 534.

## E. Von der Erbeinsetzung.

### 1) Von der Willensbestimmung[1]).

Mängel in der Willensbestimmung des Urhebers (siehe §. 69 bis 71) machen den letzten Willen ungiltig oder doch anfechtbar.

Ungiltig ist eine Erbeinsetzung (sowie jede letztwillige Verfügung), zu welcher der Erblasser durch irrige Voraussetzungen bestimmt wurde[2]). Nur ist die Veranlassung durch Irrthum nicht schon dann anzunehmen, wenn der vom Erblasser angegebene Beweggrund nicht zutrifft, sondern es muß nebstdem noch gewiß seyn, daß derselbe, wäre er nicht darüber im Irrthume gewesen, die fragliche Verfügung zuverlässig unterlassen hätte[3]).

Letztwillige Verfügungen, zu welchen der Erblasser gezwungen wurde, sind anfechtbar[4]). Unschädlich ist es, wenn er nur durch Bitten und Liebkosungen gewonnen war[5]). Jedoch ist im einzelnen

---

derartige letztwillige Verfügungen, ungehindert durch formelle Rücksichten, aufrecht zu erhalten und die vollständige Erreichung ihres Zweckes möglichst zu sichern (Nov. 131 cap. 11: Omnibus enim talibus piis voluntatibus . . . secundum defuncti voluntatem universa procedant), und wie es in Wahrheit nur ein formeller Fehlgriff seyn könnte, eine erst zu errichtende Anstalt selbst zum Erben einzusetzen . . ., so kann man nicht umhin, sich der Ansicht anzuschließen, welche eine solche Erbeinsetzung für giltig hält.";

1) Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 431.

2) z. B. durch irrige Annahme einer Verwandtschaft oder des Todes einer anderen Person. Vergleiche fr. 28 de inoff. testament. (5, 2); fr. 27 §. 4, fr. 92 de hered. instit. (28, 5); fr. 2 §. 7 de bon. possess. secundum tabulas (37, 11); C. 5 de testamentis (6, 23); C. 4, 7 de hered. instit. (6, 24); §. 4 Inst. de leg. (2, 20). Daß etwa der Irrthum durch Betrug erzeugt worden, ist kein besonderer Grund der Ungiltigkeit. Vangerow, Bd. II. §. 431 Anm. 3.

3) Fr. 17 §. 2, fr. 72 §. 6 de cond. et dem. (35, 1); fr. 48 §. 3 de hered. instit. Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 431 Anm. 2. S. auch Tit. Cod. de falsa causa adjecta (6, 44).

4) Vergl. fr. 2 §. 7 de bon. poss. sec. tab. (37, 11) mit fr. 2 §. 2 si quis aliquem (29, 6) und C. 1 eod. (6, 34). Vangerow a. a. O. Anm. 1 Nr. 2. S. auch unten §. 597 Nr. 2.

5) Fr. 3 si quis aliquem (29, 6); C. 3 eod. (6, 34).

Falle immer zu erwägen, ob nicht in ungestümen Bitten ein wahrhaft psychologischer Zwang gelegen war, was bei kranken und reizbaren Personen leicht vorkommt, oder ob die Liebkosungen, Bitten und Schmeicheleien nicht auf dem Grunde falscher Vorspiegelungen, also mittels Betruges, gewirkt haben[6]).

Ist Jemand durch Zwang oder Betrug vom Testiren abgehalten worden, so kann der dadurch Beeinträchtigte den Schuldigen auf Schadensersatz belangen[7]).

Wegen unsittlichen Motives der Willensbestimmung soll eine Einsetzung des Regenten, bei welcher es auf Benachtheiligung eines Proceßgegners abgesehen ist, ungiltig seyn[8]).

## §. 535.

### 2) Von der Willenserklärung[1]).

Die Willenserklärung muß

1) vollendet[2]),

---

6) Vgl. oben Note 2. v. Bülow u. Hagemann, prakt. Er. IV, Nr. 27. Vgl. meine Erläut. z. Erbr. S. 4.

7) Nov. 115 cap. 3 §. 9. Vgl. fr. 1, 2 pr. si quis aliquem. S. auch unten §. 597 Note 4.

8) Fr. 91 de hered. instit. (28, 5); §. 8 Inst. quib. modis testament. infirm. (3, 17). Vgl hierüber Mühlenbruch in Glücks Comm. Bd. XXXIX. S. 300 f.

1) Auch ein abgefragter letzter Wille ist giltig, wenn nur die Selbstthätigkeit des Testirers dabei nicht aufgehoben war. Geiger u. Glück, Rechtsfälle III, Nr. 42 §. 13, 14.

2) Fr. 25, fr. 29 pr. qui test. fac. poss. (28, 1); C. 9 eod. (6, 22). Vergl. fr. 9 §. 5 de her. instit. (28, 5). Ist jedoch die Erbeinsetzung vollendet, so schadet es nicht, wenn der Testirer an beabsichtigter Anordnung von Vermächtnissen verhindert wurde. Vangerow, Band II. §. 433, II. Der Vorbehalt eines späteren Zusatzes macht die Einsetzung nicht zu einer unvollendeten. C. 8 de instit. et substit. (6, 25). Mühlenbruch in Glücks Commentar XXXVIII, Seite 423—445. Wohl aber muß ein Testament für noch unvollendet, für unreif zur Wirksamkeit angesehen werden, wenn die vom Testirer beabsichtigte Solennisirung unterblieben ist; sollte auch die vorgefundene Scriptur z. B. den Erfordernissen einer Verfügung von Eltern unter Kindern (§. 531) genügen. Unter den bezeichneten Umständen ist die Willenserklärung im Stadium des

2) verständlich[3]) und bestimmt[4]) seyn. Weicht

3) die Willenserklärung — aus Versehen — von der Willensbestimmung ab, so ist zu unterscheiden:

a) die Verfügung, in welcher eine unrechte Person oder eine unrechte Sache genannt wird, ist unwirksam[5]);

b) ist der einem Erben bestimmte Antheil nicht so, wie der Erblasser wollte, ausgesprochen, so entscheidet der erwiesene Wille[6]);

c) ist die Bedingung, welche der Erblasser beifügen wollte, nicht beigefügt, so fällt die betreffende Verfügung weg, wohingegen eine gegen den Willen des Erblassers beigefügte Bedingung gestrichen wird[7]).

4) Hat der Testator einen Vor-, Zu- oder Beinamen unrichtig angegeben, so schadet dies nicht, sofern der Wille gewiß ist und der angegebene Name nicht ein anderes Individuum bezeichnet[8]). Hat er hingegen eine Gattungsbezeichnung (nomen appellativum im Gegensatze des nomen proprium) in der Art unrichtig gewählt, daß daraus die wahre Willensmeinung dem gemeinen oder doch

---

Entwurfes geblieben. Fr. 11 §. 1 de leg. III. (32). Vgl. Sintenis, Civ.-R. §. 170 Note 18.

3) Fr. 2 de his quae pro non scr. (34, 8). Vgl. fr. 73 §. 3 de reg. juris. S. oben §. 520 a. E. Nr. 3.

4) Fr. 9 §. 9 de hered. instit. (28, 5). Die Erbeinsetzung muß zwar nicht gerade in der ausdrücklichen Ernennung zum Erben, aber doch in einer bestimmten Erklärung (z. B. ich vermache dem A. mein ganzes Vermögen) bestehen, welche die Begründung der Universalsuccession unumwunden ausspricht. Vergl. Const. 15 de testamentis (6, 23). — Vgl. unten §. 541 zu Note 13.

5) Fr. 9 pr. §. 1 de her. instit. (28, 5).

6) Fr. 9 §. 2, 3, 4 eod. Vgl. fr. 15 pr. de leg. I. (30). Vgl. Vangerow a. a. O. I, Nr. 3.

7) Fr. 9 §. 5, 6 de hered. instit. (28, 5). Siehe jedoch oben Note 2 Z. 5. Ein Vorbehalt der Beifügung einer Bedingung beweist für sich nicht, daß der Erblasser dazu bereits entschlossen gewesen sey.

8) C. 4 de testam. (6, 23); C. 7 §. 1 de legatis (6, 37). Vgl. fr. 9 pr. de hered. inst., fr. 4 pr. de legat. I.; §. 29 Inst. de legat. (2, 20). Vangerow a. a. O. Nr. 1.

hin und wieder vorkommenden Sprachgebrauche nach nicht erkennbar ist, so gilt die Verfügung nicht[9]).

5) Dem Erblasser steht es frei, Personen und Sachen statt der Nennung durch Angabe besonderer Merkmale und Eigenschaften (demonstratio) zu bezeichnen[10]). Waltet über den Willen des Erblassers kein Zweifel ob, so schadet es nicht, daß die Demonstration nicht zutrifft[11]). Gereicht die Demonstration dem Bezeichneten zur Schande, so ist, wenn er nur durch dieselbe kennbar wird[12]), die Verfügung ungiltig[13]).

6) Die Willenserklärung kann bei dem Acte der Testamentserrichtung durch Beziehung auf andere schriftliche Aeußerungen des Testirers geschehen (test. implicitum — heredis institutio mystica)[14]). Finden sich diese nicht, so hat die betreffende Verfügung keinen Erfolg[15]).

Bei Ausführung der vorbehaltenen Bestimmung sowie bei nachträglichen Erklärungen, welche nur eine Erläuterung und Auf-

---

9) Fr. 4 pr. de legat. I. (30); fr. 7 §. 2 de suppell. legat. (33, 10) vgl. mit fr. 39 de legat. III. (32). Vgl. Averanii interpr. jur. lib. I. cap. 18. S. oben §. 520 Note 16, 18.

10) Fr. 58 pr. de hered. instit. (28, 5); fr. 9 §. 8 eod.

11) Fr. 48 §. 3 eod.; C. 4 de testam. (6, 23); C. 5 de hered. instit. (6, 24). Vgl. §. 30 Inst. de legatts; fr. 17 pr. §. 1, fr. 33 pr., 34 pr. de cond. et dem. (35, 1).

12) Fr. 48 §. 1 eod.

13) Fr. 9 §. 8 eodem; fr. 54 pr. de legatis I. (30).

14) Fr. 77 de her. instit. (28, 5); fr. 10 pr. de cond. instit. (28, 7). Vgl. fr. 21 pr. qui test. fac. poss. (28, 1). Not.-Ordn. Tit. II. §. 8. Auch ein mündliches Testament kann ein mystisches seyn. Arndts im Rechtslex. Bd. III. S. 919 Note 77. Dagegen Glück, Commentar. Bd. XXXV. S. 14 f.

15) Fr. 18 de usu et usufr. leg. (33, 2). Die Nichterfüllung des Vorbehaltes einer Theilbestimmung hindert die Wirksamkeit der Verfügung nicht; fr. 36 de her. inst. (28, 5). Ist dieser Vorbehalt, wenn mehrere Erben ernannt sind, beigefügt, so werden bei ermangelnder Realisirung des Vorbehaltes gleiche Theile gemacht — fr. 2 pr. eod. Ist hingegen in Ansehung der Theilbestimmung auf eine frühere Aufzeichnung verwiesen, und diese findet sich nicht, so ist die Einsetzung unwirksam. Fr. 2 §. 1 eodem; fr. 12 de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

hellung des früher errichteten Testaments bezwecken, bedarf es keiner Form, nur auf Gewißheit des Willens kommt es an [16]).

7) Die Ernennung des Erben dem willkürlichen Ermessen eines Dritten zu überlassen, ist unzulässig [17]), was jedoch nicht hindert, die Auswahl unter Mehreren einem Dritten anheimzustellen [18]), oder der Erbeinsetzung eine Bedingung beizufügen, deren Erfüllung von dem freien Willen eines Dritten abhängt [19]).

## §. 536.

### 3) Von Nebenbestimmungen.

### a) Von Bedingungen.

#### α) Zulässigkeit.

Unbeachtet bleiben (pro non scriptis habentur) [1])

1) Bedingungen, deren Erfüllung entweder nach Naturgesetzen oder aus juristischen Gründen nicht bewirkt werden kann [2]), ohne Unterschied, ob die Erfüllung unter allen Umständen undenkbar oder nur durch zufällige Umstände ausgeschlossen ist [3]);

---

16) Fr. 25 de rebus dubiis (34, 5). Fr. 21 §. 1 qui test. fac. poss. (28, 1). Jedoch ist es (im Hinblicke auf die obwaltende Meinungsverschiedenheit) räthlich, die schriftliche Aeußerung, durch welche der Vorbehalt ausgeführt wird, mit den Formen des Codicills zu versehen.

17) Fr. 32 pr., fr. 68 de her. instit. (28, 5). Vergl Cap. 13, X. de testam. (3, 26). S. hierüber Vangerow, Bd. II. §. 432.

18) Fr. 24 de legat. II.

19) Fr. 38 de her. instit.

1) Savigny, System Bd. III. §. 121 f. Vangerow, Bd. II. §. 434. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLI, S. 111 f.

2) §. 10 Inst. de her. instit. (2, 14); fr. 3 de condit. et demonstr. (35, 1). Vgl. fr. 72 §. 7 eod. — S. auch fr. 6 de condit. instit. (28, 7). Zu den Unmöglichkeitsfällen gehört auch, wenn, was sich nach der Intention des Verfügenden erst künftig entscheiden sollte, zur Zeit der Verfügung schon vereitelt war. Fr. 6 §. 1 verglichen mit fr. 94 pr. de condit. et demonstr.

3) Fr. 6 §. 1, fr. 72 §. 7 eod. Vergl. fr. 45 de hered. instit. (28, 5) und fr. 6 de condit. instit. Eine Bedingung, die unter Voraussetzung einer (statthaften) Aenderung der gegenwärtigen Umstände noch erfüllt werden könnte, ist den unmöglichen nicht beizuzählen. Fr. 58 de condit. et dem.

gleichviel auch, ob der Verfügende die Unmöglichkeit kannte, oder nicht [4]).

2) Unsittliche Bedingungen, welche die Zuwendung davon abhängig machen, daß der bedingt Honorirte eine rechtswidrige oder unsittliche Handlung begehe oder eine rechtlich oder sittlich gebotene Handlung unterlasse [5]): ferner solche, welche ihn lächerlich zu machen geeignet sind [5a]).

3) Bedingungen, welche zwar nicht auf an sich Rechtswidriges oder Unsittliches gerichtet sind, aber eben durch die Beziehung zur Hauptverfügung einen verwerflichen Charakter annehmen [6]); insbesondere

a) die Bedingung, wenn der Honorirte (oder ein Descendent desselben) nicht heirathen werde [7]). Ist jedoch die Person, welche nicht heirathen soll, Wittwer oder Wittwe, so ist die Bedingung wirksam [8]).

Die Bedingung, eine bestimmte Person zu heirathen [9]) oder nicht zu heirathen [10]), ist zulässig, wohingegen dieselbe gestrichen wird, wenn sie darauf geht, eine beschimpfende Heirath einzugehen [11]), oder nach dem willkürlichen Ermessen eines Dritten zu heirathen [12]). Nicht minder unwirksam ist

---

4) Vgl. Savigny a. a. O. §. 124 Seite 191 f. Vangerow a. a. O. Nr. 2 lit. a S. 116.

5) Fr. 9, 14, 15, 27 pr. de condit. instit. Hierher gehört auch eine auf Trennung einer Ehe gerichtete Bedingung. Const. 5 de instit. et substit. (6, 25). — Zu den unsittlichen rechnet Savigny a. a. O. S. 184 f. auch die auf Aenderung oder Nichtänderung des Religionsbekenntnisses gerichtete Bedingung. Vgl. indessen Vangerow, Bd. I. §. 193 S. 158 (Aufl. 6).

5a) Fr. 14 cit.

6) S. Arndts Lehrbuch §. 72.

7) Fr. 22, fr. 36 in fine, fr. 64 §. 1, fr. 72 §. 4, 5, fr. 74, fr. 77 §. 2, fr. 79 §. 4, fr. 100 de condit. et dem. (35, 1). Vangerow a. a. O. S. 120.

8) Nov. 22 cap. 43, 44.

9) Fr. 63 §. 1 de cond. et dem. (35, 1).

10) Vorausgesetzt, daß es der betreffenden Person nicht an anderer Gelegenheit, zu heirathen, fehlt. Fr. 64 §. 1 eod.

11) Fr. 63 §. 1 eod.

12) Fr. 22, 28 pr. eod.

b) die Bedingung, immer an demselben Orte zu verweilen[13]), oder

c) eine Leistung eidlich zuzusichern[14]);

d) jede an sich zulässige Bedingung, wenn sie mit einer unzulässigen alternativ verbunden ist[15]). Unbeachtet bleibt ferner

4) jede einer Erbeinsetzung beigefügte Resolutivbedingung[16]). Eine solche ist nur im Testamente des Soldaten (s. §. 520) wirksam[17]).

Ist eine captatorische Bedingung beigefügt, so ist nicht bloß die Bedingung, sondern die bedingte Verfügung selbst unwirksam[18]). Captatorisch ist eine Bedingung, wenn sie darauf geht, daß der Honorirte den Testirer oder einen Dritten künftig bedenke[19]). Entspricht dennoch der Honorirte der Bedingung, so ist seine Verfügung, wenn nicht Irrthum zu Grunde liegt, giltig[20]).

Ist Jemand zuerst unbedingt und dann noch einmal unter einer Bedingung eingesetzt, so ist das letztere ungiltig[21]).

---

13) Fr. 71 §. 2 eod.

14) Fr. 8 de cond. instit.; fr. 26 pr. de cond. et dem.: „tamen compellitur facere id, quod facturum se jurare jussus est, solo jurejurando remisso". Vgl. hierüber Vangerow a. a. O. S. 121 Nr. 4. Savigny a. a. O. S. 185.

15) Fr. 8 §. 5 de cond. instit. (28, 7).

16) Fr. 88 de her. instit. (28, 5). S. auch fr. 15 §. 4 de testam. militari (29, 1). Vergleiche Thibaut im Archiv für civ. Praxis V, S. 317; VII, S. 363. Vangerow a. a. O. S. 112—115. — Die Wirksamkeit einer Verfügung, zufolge welcher der Eingesetzte, wenn ein gewisser Umstand eintritt, die Erbschaft einem Anderen als Universalfideicommiß, nach den von diesem geltenden Regeln (s. §. 639 f.), herausgeben soll, ist durch obigen Grundsatz keineswegs ausgeschlossen. Vergl. Note 1 zu §. 539.

17) Arg. fr. 15 §. 4, fr. 41 pr. de testam. mil. (29, 1).

18) Fr. 70, 71 pr. §. 1, fr. 81 §. 1 de her. instit. (28, 5).

19) Thibaut, Versuche Bd. 1 Nr. 4. Vangerow a. a. O. S. 122.

20) Thibaut a. a. O. Mit captatorischen Dispositionen sind die gegenseitigen Erbeinsetzungen nicht zu verwechseln. Fr. 70 cit.

21) Fr. 27 §. 1 de her. instit.

## §. 537.

### β) Erfüllung [1].

Die Modalität der Erfüllung (vergleiche §. 77) ist nach dem erkennbaren Willen des Testirers zu bestimmen [2]). Hiernach ist

1) in Ansehung der Frage, ob eine vor dem Tode des Erblassers bewirkte Erfüllung in Anschlag komme? — der Regel nach [3]) zu unterscheiden:

Läßt die Natur des in der Bedingung geforderten Ereignisses eine öftere und willkürliche Wiederholung zu, so ist die Vollziehung der Handlung nach des Testirers Tod (als Beweis des Gehorsams) nöthig, selbst wenn dieselbe Handlung zufällig schon früher einmal geschehen seyn sollte [4]). Ist hingegen das fragliche Ereigniß von solcher Art, daß dessen Wiederholung außer dem Gewöhnlichen und Beliebigen liegt [5]), so genügt die bei Lebzeiten des Testirers eingetretene Erfüllung [6]). War indessen die Erfüllung schon zur Zeit der Testamentserrichtung eingetreten, und der Testirer hat dies gewußt, so ist anzunehmen, daß derselbe, sofern es möglich, eine Wiederholung beabsichtigte [7]).

2) Haben Mehrere zusammen eine Bedingung zu erfüllen, so thut der Einzelne genug, wenn er den ihn treffenden Antheil leistet [8]), sofern nicht ein untheilbares Factum auszuführen ist [9]).

3) Hängt die Erfüllung von der Willfährigkeit eines Dritten ab, und dieser versteht sich nicht dazu, so wird die Bedingung nicht

---

1) Savigny, System Bd. III. §. 119 f.

2) Fr. 19 pr. de condit. et demonstr. (35, 1): „In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones." Vgl. fr. 101 pr. eodem.

3) Sofern nämlich eine abweichende Willensmeinung des Testirers nicht vorliegt.

4) Fr. 2, fr. 11 §. 1, fr. 68 eod.

5) z. B. wenn sich der Erbe verheirathet.

6) Fr. 91 eod. Vgl. fr. 2, 10 pr., fr. 11 §. 1 eod.

7) Fr. 68 eod. Vgl. fr. 9, 10 §. 1, fr. 11 pr. eod.

8) Fr. 112 §. 2 eodem; C. 6 de cond. instit. (6, 48).

9) Fr. 112 pr. de cond. et dem. (35, 1).

weiter beachtet [10]). Dasselbe Resultat findet statt, wenn die Erfüllung durch ein zufällig eintretendes Hinderniß vereitelt wird, nachdem sich der Honorirte zur Erfüllung schon bereit gezeigt hatte; sofern nicht die Umstände mehr für die Annahme sprechen, der Testirer habe, ohne Rücksicht auf etwaige Willfährigkeit des Eingesetzten, seine Verfügung schlechthin von dem Eintritte des bezeichneten Ereignisses abhängig zu machen beabsichtigt [11]).

4) Die Erfüllung einer Potestativbedingung muß sobald als möglich bewirkt werden [12]). Die übrigen Interessenten können darauf antragen, daß dem bedingt Honorirten ein peremtorischer Termin zur Erfüllung vorgesteckt werde [13]). In jedem Falle aber muß die Erfüllung der Bedingung noch bei Lebzeiten des Eingesetzten eintreten; den Erben desselben kann sie nicht mehr nützen [14]).

Ist Jemand auf den Fall eingesetzt, wenn er Kinder bekommen werde, so kommt die Erfüllung durch Adoption nicht in Betracht [15]). Auf der anderen Seite wird die Bedingung ganz bei

---

10) Fr. 3, 11, 23 de condit. instit. (28, 7). Constit. 1 de instit. sub condit. (6, 25); C. 1 de his quae sub modo (6, 45). Vergl. fr. 161 de reg. jur. und oben §. 77 a. E. S. auch fr. 14, 24, 31, 45, 78, 81 de cond. et dem. (35, 1).

11) Vgl. fr. 31, fr. 94 pr. eodem mit fr. 23 de cond. instit.; fr. 54 §. 2 de legatis I. (30); C. 1 de legatis (6, 37) und C. 4 de cond. instit. (6, 46). S. auch fr. 18 §. 2 de alim. leg. (34, 1); fr. 40 pr., fr. 84 de cond. et demonstr. (35, 1); fr. 20 §. 3, fr. 39 §. 4 de statu liberis (40, 7). Die Meinungen sind verschieden. Vangerow, §. 435 Anm. 2. Savigny a. a. O. §. 119.

12) Fr. 29 de condit. et demonstrat. (35, 1). Vergl. fr. 174 pr. de regulis juris. Nicht entgegen fragm. 4 §. 2, fr. 5 de hered. instit. Vergleiche Mühlenbruch in Glücks Commentar XLI, S. 241. Obiger Satz ist aber nicht so zu verstehen, daß die Bedingung von selbst als deficirt anzusehen sey, wenn nicht der Honorirte die erste beste Gelegenheit zur Erfüllung benützt. Jedenfalls muß erst eine Erinnerung erfolglos vorhergegangen seyn.

13) Fr. 4 pr. de reb. auctor. jud. (42, 5). Vergleiche fr. 4 §. 2, fr. 5, fr. 23 §. 1—4 de hered. instit.; fr. 1 de curat. bon. dando (42, 7); fr. 63 §. 7, 8, fr. 64 §. 1 ad SC. Trebellianum (36, 1). Mühlenbruch a. a. O. S. 238, 244.

14) C. un. §. 7 de cad. toll. (6, 51). Vgl. fr. 59 de cond. et dem. (35, 1).

15) Fr. 51 §. 1 de legatis II. (31); fr. 76 de condit. et demonstrat. (35, 1).

Seite gesetzt, wenn der Honorirte in ein Kloster geht, oder überhaupt das Gelübde der Keuschheit ablegt[16]).

## §. 538.

### γ) Wirkung.

Ist der Erbeinsetzung eine zulässige Bedingung suspensiv beigefügt, so findet vor der Hand der Anfall an den Berufenen nicht statt[1]), die Erbfolge bleibt noch unentschieden, und die Erbschaft (hereditas jacens) wird einstweilen für das Interesse der Gläubiger und des künftigen Erben verwaltet[2]). Es kann jedoch der bedingt Eingesetzte, wenn er auf den Fall, daß die Entscheidung für die Nichterfüllung erfolgt, wegen der künftigen Zurückgabe den übrigen Interessenten[2a]) Realcaution stellt, (mittels einer bonorum possessio secundum tabulas) sofort zum Genusse der Erbschaft gelangen[3]); nur bei solchen Bedingungen greift dies nicht Platz,

---

Ob die außereheliche Kinderzeugung genüge, ist nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers zu beurtheilen. Fr. 17 §. 4 ad SC. Trebellianum (36, 1).

16) Fr. 53 §. 2 de episcopis et clericis (1, 3).

1) C. un. §. 7 de caducis tollendis (6, 51).

2) Fr. 23 §. 2, 3 de her. instit. (28, 5).

2a) Substituten, Miterben oder Intestaterben. Vergl. fr. 8 de stip. praet. (46, 5); fr. 12 qui satisdare cog. (2, 8) mit fr. 4 §. 1 de cond. instit. (28, 7); fr. 7 §. 1 de cond. et dem. (35, 1) und Nov. 22 cap. 44 §. 9. Arndts im Rechtsl. Bd. III. S. 931.

3) Vergl. fr. 8 cit.; fr. 12, 13 qui satisdare cog. (2, 8); fr. 3 §. 13 de bon. poss. contra tabulas (37, 4); fr. 2 §. 1, fr. 5 pr., fr. 6, 10, 12 de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Nach dem Civilrechte war dies zunächst auf den Fall beschränkt, wenn eine Potestativbedingung negativ beigefügt, und diese von der Art war, daß sich die definitive Entscheidung erst mit dem Tode des Honorirten ergeben konnte. Nur in diesem Falle (oder wo die Erfüllung bei Lebzeiten des Honorirten sehr problematisch, oder schicklicher Weise nicht vorauszusetzen) konnte der Honorirte nach Leistung der cautio Muciana sofort zum Genusse der Erbschaft gelangen. Fr. 7, 18, 73, 106 de cond. et dem. (35, 1); fr. 65 §. 1 ad SC. Trebell. (36, 1). Siehe fr. 7 pr., fr. 67, fr. 72 pr. §. 1 de cond. et dem.; fr. 4 §. 1 de cond. instit. (28, 7). Vgl. Vangerow, II, S. 134 f. mit Mühlenbruch a. a. O. S. 195 f.

deren Erfüllung sich von dem Berufenen ohne Verzug bewirken läßt[4]. — Durch die Existenz der Bedingung wird der Anfall der Erbschaft eröffnet, so daß nun der definitive Erwerb folgen kann. Dieser wird sodann auf den Zeitpunkt, da der Erblasser starb, zurückbezogen[5].

Ist die Nichtexistenz der Bedingung entschieden, so geschieht nun der Anfall an die Folgeerben (Substituten, Miterben oder Intestaterben)[6].

Besondere Wirkungen der Nichterfüllung können vom Testirer angeordnet werden, z. B. in der Art, daß der Berufene, welcher dem Willen des Testirers nicht genügt, zur Strafe einen Miterben bekommen, oder ein Vermächtniß (legatum poenae nomine relictum) entrichten soll[7].

## §. 539.

### b) Von Zeitbestimmungen.

Ist die einer Erbeinsetzung beigefügte Zeitbestimmung auf einen Moment des Kalenders bestimmt (dies certus), so wird sie nicht beachtet, und zwar weder als Anfangs- noch als Endtermin[1].

---

4) Arg. fr. 23 §. 1 de her. instit. (28, 5); fr. 3 §. 13 de bon. poss. contra tab. (37, 4). S. auch von dem Falle, wenn Erbschaftsgläubiger auf Entscheidung drängen — fr. 23 §. 2, 3 de her. instit.

5) Fr. 54 de adqu. hered. (29, 2): „Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur."

6) Hatte der bedingt Eingesetzte nach vorgängiger Caution den Genuß der Erbschaft erhalten, so muß er sie nun mit allen mittlerweile gezogenen Nutzungen herausgeben. Fr. 79 §. 1 de cond. et dem. (35, 1).

7) C. un. de his quae poenae nomine (6, 41). Vergleiche §. ult. Inst. de leg. (2, 20). Bestimmungen solcher Art können auch so vorkommen, daß bereits erworbenes Erbgut ganz oder theilweise — zur Strafe wegen Nichterfüllung einer Anordnung des Testirers — wieder verloren werden soll. S. unten §. 540 zu Note 4, 5 und §. 596.

1) §. 9 Inst. de her. instit. (2, 14). Vergleiche fr. 34, 88 eod. Im Testamente des Soldaten (s. §. 520) hat der dies certus in beiden Beziehungen Erfolg. Ist nichts Anderes verordnet, so treten vor oder nach dem dies die Intestaterben ein. Fr. 15 §. 4, fr. 41 pr. de test. milit. (29, 1). — Uebrigens steht der Grundsatz, daß ein der Erbeinsetzung beigefügter End-

Soll es aber auf den Zeitpunkt einer künftigen Begebenheit, deren Eintritt noch ungewiß ist, ankommen, so wird es angesehen, als ob die Erbeinsetzung durch den Eintritt der Begebenheit bedingt sey[2]). Dasselbe gilt auch, wenn nur Das ungewiß ist, ob der Honorirte den Zeitpunkt des künftigen Ereignisses erleben werde[3]). Ist es gewiß, daß er den vorgesteckten Zeitmoment nicht überleben werde (den Augenblick seines Todes), so hat die beigefügte Zeitbestimmung keine Wirkung[4]).

§. 540.

c) Vom Modus bei Erbeinsetzungen.

Ein der Erbeinsetzung beigefügter Modus hindert weder den Anfall noch den Erwerb der Erbschaft. Ist derselbe von der Art, daß er lediglich zum Vortheile des Erben gereicht, und weder ein besonderes Interesse des Erblassers an der Erfüllung gedacht werden kann, noch ein Dritter dabei interessirt ist, so findet kein Zwang zur Erfüllung statt[1]). Im Uebrigen kann Jeder, dem daran liegt, die Erfüllung verlangen; auch ist es Sache der Testamentsexecutoren und der Obrigkeit, den Vollzug des letzten Willens auf geeignete Weise zu betreiben[2]).

---

termin nicht beachtet werde, der Wirksamkeit der Anordnung, die Erbschaft bei Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes einem Anderen als Universalfideicommiß herauszugeben (s. §. 639 f.), nicht im Wege. Allerdings ist die praktische Bedeutung der Regel „semel heres semper heres" durch Ausbildung des Instituts der Universalvermächtnisse wesentlich gemindert worden. Der Fall der Beifügung eines Endtermines, ohne daß es dabei auf Fideicommißfolge abgesehen ist, wird nicht leicht vorkommen.

2) Fr. 75 de cond. et dem. (35, 1).

3) Arg. fr. 1 §. 2, fr. 79 §. 4 de cond. et dem. (35, 1); fr. 1 pr., fr. 13 quando dies (36, 2).

4) Arg. fr. 4 pr. eod.; fr. 79 pr. de cond. et dem. (35, 1). C. 9 de her. instit. (6, 24).

1) Arg. fr. 71 pr. de cond. et dem. (35, 1).

2) Arg. fr. 50 §. 1 de her. pet. (5, 3); fr. 7 de ann. leg. (33, 1). Vergl. fr. 8 §. 6 de cond. instit. (28, 7). Huebner, Disput. jur. civ. lib. I. cap. 10.

Hat der Erblasser die Außerachtlassung seines Willens [3]) mit bestimmten Strafen bedroht, so wird dies auf Antrag der Betheiligten realisirt [4]). Aber auch abgesehen von einer besondern Bedrohung soll der Erbe, welcher die Erfüllung der ihm gemachten Auflage, ungeachtet er obrigkeitlich dazu gemahnt wurde, ohne Grund noch ein Jahr lang versäumt, das ihm Hinterlassene (mit Vorbehalt des Pflichttheiles) verlieren, so daß die Substituten, in deren Ermangelung die Miterben, nach diesen die Vermächtnißnehmer, eventuell die Intestaterben, und zuletzt der Fiscus an dessen Stelle treten. Abgesehen von diesem hat der Nachrückende die dem Erben gemachte Auflage zu erfüllen und darüber Caution zu stellen [5]).

## §. 541.

### 4) Ernennung eines oder mehrerer Erben [1]).

Der Erblasser kann nach Belieben eine oder mehrere Personen zu Erben einsetzen. Jedenfalls muß aber die Erbeinsetzung die gesammte Erbschaft umfassen, so daß, wenn nur ein Erbe ernannt und dieser bloß auf einen Theil der Erbschaft oder bloß auf eine bestimmte Sache oder Summe eingesetzt ist, dieser dennoch das Ganze bekommt [2]). Nur wenn der Soldat (siehe oben §. 517 a. E., §. 520) auf solche Weise verfügt, fällt das Uebrige an die Intestaterben [3]).

Sind mehrere Erben ernannt, und zwar

1) alle ohne Zuweisung bestimmter Theile oder Sachen, so erben sie zu gleichen Theilen [4]). Nur sollen Diejenigen, welche zusammen in einem Satze genannt sind, im Verhältniß zu Denen, welche in einzelnen, getrennten Sätzen stehen, nur als eine Person

---

3) Sofern dieser nicht auf Unmögliches oder Unsittliches gerichtet war.

4) C. un. de his quae poenae nomine (6, 41).

5) Nov. 1 cap. 1, 4. v. Löhr im A. f. c. Pr. V, S. 491 ff. Zimmern, Grundriß des Erbrechtes S. 66, 67.

1) Vergleiche Zimmern am angef. Ort S. 55 ff. Vangerow, Bd. II. §. 449.

2) §. 5 Inst. de her. instit. (2, 14); fr. 74 eod. (28, 5).

3) Fr. 6, 17 pr. de test. milit. (29, 1).

4) §. 6 Inst., fr. 9 §. 12 de her. instit.

gelten[5]), sofern nicht eine abweichende Willensmeinung des Testirers klar vorliegt[6]).

2) Ist jeder der mehreren Erben nur auf einen bestimmten Gegenstand eingesetzt, so bekommt er diesen als Prälegat (§. 605) und der übrige Nachlaß wird gleich getheilt[7]); wohingegen, wenn nur einer oder einzelne Erben auf bestimmte Gegenstände, die anderen unbestimmt eingesetzt sind, den Letzteren, mit Ausnahme der den Ersteren zugewiesenen Sachen, der ganze Nachlaß zufällt[8]).

3) Hat der Erblasser Einen oder Einige auf bestimmte Antheile, die Anderen schlechthin gerufen, so erhalten diese, was jene übrig lassen[9]). Ist das Ganze bereits durch die den Ersteren ausgesetzten Antheile erschöpft oder gar überschritten, so werden diese bestimmten Antheile auf die Hälfte herabgesetzt (fit dupondium), und der sich nun ergebende Rest den ohne Theilbestimmung Gerufenen zugewiesen. Ergibt sich auch nach dieser Herabsetzung kein Rest, so wird die Kürzung (auf ein Drittheil, Viertheil der bestimmten Quoten) solange fortgesetzt, bis ein Ueberschuß herauskommt (fit tripondium etc.). Jedoch kann diese Reduction, wie sich von selbst versteht, nicht Platz greifen, wenn der Testirer die unbestimmt Gerufenen ausdrücklich auf Dasjenige angewiesen hat, was die Anderen übrig lassen würden[10]). Ist nun diesen Alles zugetheilt, so bekommen jene Nichts.

4) Sind sämmtlichen Erben gewisse Antheile ausgesetzt, es übersteigt aber die Summe derselben das Ganze, so wird jedem

---

5) Fr. 15 pr., fr. 59 §. 2 eod. Vergleiche fr. 142 de verb. signif. (50, 16).

6) Fr. 12, 13, 66 de her. instit.; fr. 88 §. 6 de legat. II. (31). Averanii Interpret. IV. 2, 4; V. 3, 8. So kann die Trennung oder Verbindung der einzelnen Erbeinsetzungen ihre Bedeutung verlieren, wenn hinzugefügt ist: „zu gleichen Theilen".

7) Fr. 35 pr. §. 1, 2 de her. instit. Vgl. fr. 78 pr. eod. Vangerow, Bd. II. §. 449 Anm. 3 I. A. 1. lit. a.

8) C. 13 de her. instit. (6, 24). Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 449 Anm. 2. S. auch unten §. 593 a. E.

9) Fr. 17 pr., fr. 77, 78 §. 2 eodem. Ueber C. 23 §. 1 de legatis (6, 37) vergl. Mühlenbruch in Glücks Comm. Bd. XL. S. 122 f.; Vangerow, Bd. II. §. 449 Anm. 3 I. B. 1 lit. b.

10) Fr. 17 §. 3, fr. 78 §. 3, fr. 79 eod.

nach Verhältniß des ihm bestimmten Antheiles abgezogen; sowie, wenn weniger als das Ganze vertheilt ist, zugelegt wird [11]).

Hierher gehören noch folgende Auslegungsregeln:

1) Sind die mehreren Personen alternativ eingesetzt, so wird dies, sofern nicht ein abweichender Wille des Testirers vorliegt, einer copulativen Verbindung gleichgeachtet [12]).

2) Ist Jemand unter der Bedingung, wenn ein Anderer gestorben seyn sollte, zum Erben eingesetzt, so läßt sich daraus nicht folgern, daß der in der Bedingung Genannte auf den Fall, daß er noch lebt, zum Erben bestimmt sey [13]).

3) Hat der Erblasser schlechthin „seine Intestaterben" zu Erben eingesetzt, so theilen sämmtliche Personen, welche in Ermangelung eines Testamentes gerufen würden, nach den Grundsätzen der Intestatsuccession [14]).

---

11) Fr. 13 §. 2, 4 eodem. Ueber einen Fall, wenn sich die Zahl der Erben anders ergibt, als der Erblasser dachte, s. fr. 47 §. 1, fr. 81 pr. eodem; fr. 13 pr. de lib. et postum. (28, 2). Averanii interpr. lib. I. cap. 21 Nr. 6—8. Vgl. meine Erl. z. Erbr. S. 13 a.

12) C. 4 de verb. sign. (6, 38). Vergl. Höpfner, Comm. §. 495 Note 1. Ein abweichender Wille des Testirers ist z. B. anzunehmen, wenn der Testirer verfügte: Ich setze meinen Bruder oder dessen Kinder zu Erben ein. Hier geht wohl die Willensmeinung dahin: den Bruder zunächst zum alleinigen Erben, und für den Fall, daß dieser durch frühern Tod wegfiele, eventuell dessen Kinder zu rufen. — In einem Falle solcher Art (betr. die Honorirung von Vaters Brüder- und Schwesterkindern oder deren Kindern) hat das O.-A.-G. zu Lübeck (Seufferts Archiv IV, Nr. 133) angenommen, daß der Ausdruck: „oder deren Kindern" auf Descendenten weiteren Grades nicht zu beziehen sey.

13) Vergl. fr. 19, 85 de hered. instit.; fr. 16 §. 1 de vulg. substit. (28, 6). Cujacii Cons. 35. Höpfner, Comm. §. 603 Note 2. Vangerow Bd. II. §. 449 Anm. 1. Mühlenbruch in Glücks Comm. Bd. XL. S. 234 f. Der Testirer kann ja die Bedingung nur deßhalb beigefügt haben, um die Uebergehung des Andern zu beschönigen, und die auf diese Uebergehung gerichtete Absicht zu bemänteln. Indessen kann aus den Umständen zweifellos vorliegen, daß obenerwähnte Folgerung dem Willen des Testirers entspreche, was dann auch zur Richtschnur dient. Vergleiche C. 15 de test. (6, 23).

14) Sofern nicht ein abweichender Wille des Testirers vorliegt. Ist das nicht der Fall, so muß man wohl annehmen, der Erblasser habe in solchem

4) Sind mehrere Personen unter einem Collectivnamen, z. B. die Kinder des NN., zu Erben eingesetzt, so werden im Zweifel auch diejenigen gerufen, welche bis zum Tode des Testirers hinzukommen [15]). Die Collectivberufenen erhalten in Concurrenz mit Anderen zusammen nur einen Theil [16]).

## §. 542.

### 5) Von Substitutionen [1]).

#### a) Von der Vulgarsubstitution.

Die Vulgarsubstitution ist die Ernennung eines weiteren Erben, welche für den Fall geschieht, daß der zuerst ernannte (institutus) nicht Erbe werden könne oder wolle [2]). Sie enthält eine bedingte Erbeinsetzung, indem der Substitut unter der Bedingung gerufen wird, wenn der Institut wegfallen sollte. Daher gelten

---

Falle ein Testament nur wegen der anderen Verfügungen (Legate, Vormunds-Ernennung u. dergl.) errichtet. Vangerow a. a. O. II. 3. Wurden die sämmtlichen Personen, denen die Erbschaft ab intestato angefallen wäre, namentlich ohne Theilbestimmung aufgeführt, so ist zu vermuthen, der Testirer habe gleiche Vertheilung gewollt.

15) Arg. fr. 19 pr. de rebus dubiis (34, 5).

16) Fr. 13 pr. de her. instit.; C. 11 de impub. et al. subst. (6, 26). Siehe jedoch oben Note 6. Vgl. auch Seufferts Archiv II, Nr. 201. Hier sind Entscheidungen des O.-A.-G. zu Dresden mitgetheilt, in welchen die Berufung: „seiner (des Testirers) und ihrer (seiner Frau) Geschwister" als Berufung der Einzelnen zu gleichen Theilen angesehen wurde, unter Verwerfung der Ansicht, welche den Geschwistern des Mannes eine Hälfte des Nachlasses, den Geschwistern der Frau die andere zutheilen wollte.

1) Donellus, Comment. ad Codicem lib. VI. tit. 25, 26. G. de Gast, Comm. in tit. Cod. de impub. et al. subst. (Meermann, Thes. T. VI. pag. 745—762). Mühlenbruch a. a. O. S. 248 f. Vangerow, Bd. II. §. 451.

2) Fr. 1 pr. de vulg. et pup. subst. (28, 6). C. 3 de hered. instit. (6, 24). Uneigentlich wird der Ausdruck „Substitution" auch von der Anordnung eines Demjenigen, der Erbe wird, aufgelegten Universalvermächtnisses gebraucht. Vgl. fr. 57 §. 2 ad SC. Trebell. (36, 1). S. unten §. 639.

die Grundsätze, welche das Wesen und die Form der Erbeinsetzung bestimmen, auch für die Substitution [2a]). Der Testirer kann

1) einem einzigen Erben mehrere Substituten, sowie mehreren Erben für den Fall, daß sie alle wegfallen, einen einzigen oder mehrere Substituten ernennen [3]); er kann jedem einzelnen Erben besonders, und die mehreren Miterben einander gegenseitig substituiren [4]).

2) Dem ersten Substituten kann für den Fall, daß auch dieser wegfällt, ein zweiter substituirt werden [5]). Fällt nun der erste Substitut vor dem Instituten weg, so wird es so angesehen, als sey der zweite Substitut dem Instituten unmittelbar substituirt (substitutus substituto est substitutus instituto) [6]).

3) Die Wirksamkeit der Substitution hängt davon ab, daß die Bedingung eintrete, unter welcher der Substitut gerufen ist, d. h. daß der Institut die Erbschaft nicht erwerbe. Dies kann sich entweder durch Nicht können oder Nicht wollen ergeben. Hat indessen der Testirer ausdrücklich nur für den einen Fall substituirt, so ist die Substitution im Zweifel dennoch für wirksam zu achten, wenn sich gleich nicht dieser, sondern der andere Fall ereignet [7]).

---

2a) Vgl. fr. 73 de her. instit. (28, 5). — Ueber Erklärung der Substitution durch den Zusatz zur Institution: „oder dessen Kinder" — siehe §. 541 Note 12. — Im Falle einer Substitution: „oder dessen Erben" hat das O.-A.-G. zu Lübeck (Seufferts Archiv IV, Nr. 65) nach Erwägung der vorliegenden Umstände angenommen, daß darunter nur Leibeserben (Kinder und fernere Descendenten) zu verstehen seyen.

3) Vgl. C. 10 de impub. et al. substit. (6, 26). S. auch fr. 42 eod. Ist Jemand mehreren Miterben substituirt, so tritt er (im Zweifel) nur unter der Voraussetzung ein, daß Alle wegfallen.

4) §. 1 Inst. de vulg. subst. (2, 15); fr. 36, 37 §. 1 de her. instit. (28, 5). Mühlenbruch a. a. O. S. 366 f.

5) Pr. Inst. de vulg. subst. (2, 15); fr. 36 eod. (28, 6).

6) §. 3 Inst. eod.; vergl. fr. 27, 41 pr. eod. Vangerow, Bd. II. §. 451 Anm 2.

7) Arg. fr. 4 pr., Constit. 4 eodem. Pufendorf, Observationes II, 98. Höpfner, Commentar §. 500 Note 2. Es wird angenommen, daß der Testirer durch Anordnung einer Substitution die Intestaterbfolge jedenfalls habe ausschließen wollen. Puchta, Vorl. zu §. 477. Vgl. indessen die Bedenken gegen obigen Satz bei Mühlenbruch a. a. O. S. 291 f.

4) Die Wirkung der Substitution besteht darin, daß der Substitut an die Stelle Desjenigen tritt, dem er substituirt ist, und sonach entweder die ganze Erbschaft oder nur den vacanten Erbtheil erhält. Treten mehrere Substituten ein, so theilen sie nach den bei Instituten geltenden Grundsätzen (§. 541). Insbesondere theilen substituirte Miterben im Zweifel nicht nach Köpfen, sondern nach Verhältniß der ihnen zugewiesenen Institutionstheile [8]).

5) Die Substitution erlischt:

a) wenn der Institut Erbe wird [9]), oder Transmissionserben an dessen Stelle treten [10]);

b) wenn der Substitut vor dem Eintritte des Substitutionsfalles stirbt oder die Erbfähigkeit verliert. Auch kann

c) bei der wechselseitigen Substitution mehrerer Miterben Derjenige, welcher den ihm als Instituten bestimmten Erbtheil nicht erwarb, nun auch als Substitut nicht eintreten [11]).

d) Eine bedingte Substitution erlischt durch Nichterfüllung der Bedingung [12]). Hierbei ist zu bemerken, daß eine der Institution

---

8) Fr. 23, 24, 41 §. 4, fr. 45 §. 1 eod. Vgl. fr. 5, 8 §. 1, fr. 32 eodem. Wer in einem solchen Falle als institutus angetreten hat, kann die Substitutionsportion nicht mehr ausschlagen. Fr. 35 pr., fr. 76 pr. de adqu. hered. (29, 2). Constitutio 6 de subst. (6, 26). Vangerow a. a. O. Anm. 3.

9) Constitutio 5 de impub. et aliis substit. — Ist einem suus substituirt, so wird es im Falle der Ausübung des jus abstinendi so angesehen, als sey er nicht Erbe geworden. Vergleiche unten §. 595. — Ueber die Frage, ob der Substitut eintritt, wenn der Institut ex capite minoris aetatis gegen den Erwerb restituirt wird, — vergleiche fr. 7 §. 10 de minoribus (4, 4) mit fr. 44 de re jud. (42, 1). Für die Bejahung Mühlenbruch a. a. O. S. 363 f.

10) Vergl. C. 18 §. 1 de jure deliberandi (6, 30). C. 8 pr. §. 1, 2 de bonis quae liberis (6, 61). Mühlenbruch a. a. O. S. 337 f. S. unten §. 574.

11) Fr. 23, 41 §. 4, fr. 45 §. 1 de vulg. subst. Dies gilt aber nur von der gegenseitigen Substitution. Ist nur Einer dem Anderen substituirt, so findet es nicht statt. Fr. 76 §. 1 de adqu. her. (29, 2).

12) Fr. 14, 21, 23 de vulg. subst.

beigefügte Bedingung, wenn solches nicht ausdrücklich verordnet ist, auf die Substitution nicht bezogen wird [13]).

### §. 543.

#### b) Von der Pupillarsubstitution [1]).

Die Pupillarsubstitution besteht darin, daß der Vater seinem unmündigen Hauskinde einen Erben auf den Fall ernennt, daß es (nach des Vaters Tod) in der Unmündigkeit sterben sollte.

Die Pupillarsubstitution ist

1) ein Attribut der väterlichen Gewalt [2]), und findet nur in Ansehung derjenigen unmündigen Hauskinder statt, welche bei dem Tode des Vaters die Eigenschaft der sui heredes haben [3]). Auf den Grad der Descendenz kommt es übrigens nicht an, und auch den postumi kann auf diese Weise substituirt werden.

2) Der Substitution steht es nicht im Wege, daß der Vater das betreffende Hauskind in Bezug auf seinen (des Vaters) Nachlaß von der Erbfolge ausschließt [4]).

3) Die Pupillarsubstitution umfaßt das ganze Vermögen des Hauskindes, ohne Unterschied der Güter, welche dasselbe vom Vater oder von anderen Seiten erworben hat [5]).

---

13) Fr. 73 de her. instit. (28, 5). Vgl. jedoch C. un. §. 4, 9 de caduc. toll. (6, 51). Die Rücksicht auf den (aus den Umständen erkennbaren) Willen des Testirers muß auch hier obwalten.

1) Madihn, Vicissitudines substit. impub. (Exercit. academ. Hal. Nr. 9). Mühlenbruch am angef. O. Seite 370 f. Vangerow, Band II. §. 452–454.

2) Pr. Inst. de pup. subst. (2, 16).

3) Fr. 2 pr., fr. 41 §. 2 de vulg. et pup. subst. (28, 6). Nicht in Ansehung Derjenigen, welche nach dem Tode des Gewalthabers in eine andere Gewalt fallen (§. 480 Nr. 1).

4) Fr. 1 §. 2, fr. 10 §. 5 eod. Mühlenbruch a. a. O. S. 375 f.

5) Fr. 10 §. 5 eod. Der pater arrogator kann nur über das von ihm herrührende Vermögen pupillariter substituiren — fr. 10 §. 6 eodem. Auch hat der Vater ein Recht, Vermächtnisse aus der Erbschaft des Pupillen anzuordnen, nur in Ansehung des von ihm auf denselben gekommenen Vermögens. Fr. 41 §. 3 eodem; fr. 41 §. 3 de testam. milit. (29, 1). Vgl. fr. 11 §. 8, fr. 87 §. 7 ad leg. Falcid. (35, 2).

4) Der Vater kann den Substituten frei wählen, ohne die Notherben des Kindes berücksichtigen zu müssen[6]. Ist das Kind zum Erben des Vaters eingesetzt, und ausdrücklich nur eine Vulgarsubstitution beigefügt, so wird doch diese, wenn zwar das Kind die väterliche Erbschaft erwirbt, aber nachher in der Unmündigkeit verstirbt, der Regel nach als stillschweigend angeordnete Pupillarsubstitution angesehen, und in dieser Eigenschaft wirksam[7]. Dies findet jedoch (vgl. auch §. 544) nicht statt,

a) wenn mehrere Erben, welchen nicht allen pupillarisch substituirt werden kann, gegenseitig (vulgariter) substituirt sind[8];

b) wenn durch die Conversion der Vulgar- in die Pupillarsubstitution die mit dem Unmündigen als Miterbin eingesetzte Mutter desselben von dessen Nachlaß ausgeschlossen würde[9];

c) so oft anzunehmen ist, daß die gedachte Conversion dem Willen des Testirers entgegen sey, z. B. wenn für die verschiedenen Fälle der Substitution verschiedene Substituten ernannt sind[10].

Auf der anderen Seite wird auch eine angeordnete Pupillarsubstitution, wenn der eingesetzte Unmündige die väterliche Erbschaft nicht erwirbt, als Vulgarsubstitution wirksam[11].

5) Ueber die Jahre der Unmündigkeit hinaus kann die Pupillarsubstitution nicht erstreckt werden[12], wohl aber kann der Vater den Termin ihrer Wirksamkeit kürzer stecken[13].

---

6) Fr. 8 §. 5 de inoff. testam. (5, 2); cap. 1 de testament. in VIto (3, 11). Vangerow, Bd. II. §. 453 Anmerk. 3. Mühlenbruch a. a. O. S. 391 f. Auch von den Notherben des Vaters kann die Substituirung nicht angefochten werden, weil es sich ja nicht von seiner Erbschaft handelt. — Die Incapacität des Pupillarsubstituten in Ansehung des väterlichen Nachlasses äußert ihre Wirkung nur auf das vom Vater auf den Pupillen Vererbte. Fr. 6 de vulg. et pup. subst.

7) Fr. 4 pr. §. 1 de vulg. et pup. subst. (28, 6). Mühlenbruch a. a. O. S. 267 f. Vangerow, §. 451 Anm. 1.

8) Fr. 4 §. 2 eod.

9) C. 9 de instit. et substit. (6, 25).

10) C. 4 de impub. et aliis substit. (6, 26). Vergleiche fr. 45 pr. de vulg. subst. (28, 6); §. 3 Inst. de pup. subst. (2, 16). Averanii Interpret. III, 16.

11) Fr. 4 pr. eod. (28, 6).

12) Fr. 7 eod.

13) Fr. 21 eod.

6) Die Wirksamkeit der Pupillarsubstitution setzt voraus, daß der Vater auch über sein Vermögen ein giltiges Testament hinterläßt, indem jene nur als Zugabe zu letzterem besteht [14]. Er kann übrigens die Substitution mit seinem Testamente in demselben Acte und Aufsatze verbinden [15], oder die Substitution in einem besonderen Testamente nachtragen [16].

7) Der Erfolg der Pupillarsubstitution tritt erst dann ein, wenn der Unmündige stirbt. Bis dahin soll auch das Substitutionstestament, wenn es der Vater besonders errichtet und verschlossen hinterlassen hat, uneröffnet bleiben [17].

8) Die Pupillarsubstitution erlischt:

a) wenn der Unmündige vor dem Tode des Vaters aus dessen Gewalt tritt [18];

b) wenn der Substitut vor dem Pupillen stirbt [19];

c) wenn jener die Jahre der Mündigkeit erreicht [20];

---

14) Fr. 1 §. 3, fr. 2 §. 1, fr. 10 §. 4 eod. Eine in einem Codicill angeordnete Pupillarsubstitution kann nur als fideicommissarische hinsichtlich der väterlichen Erbschaft des Pupillen zur Wirksamkeit gelangen. Fr. 76 ad SC. Trebell. (36, 1).

15) Fr. 2 §. 5 eod.

16) Fr. 2 §. 4—7, fr. 16 §. 1 eod. In diesem Falle heißt das vom Vater für sein Vermögen errichtete Testament primae tabulae, das Pupillartestament (welches ganz nach den allgemeinen Grundsätzen zu errichten ist) secundae tabulae. Unschädlich ist es, daß das eine schriftlich, das andere mündlich, oder das eine als öffentliches, das andere als Privattestament errichtet wird. Fr. 20 §. 1 eod. Sind Descendenten substituirt, so kann sich der Substituent der Form des test. parentum inter liberos bedienen. Hofacker, Princ. §. 1311 not. c.

17) Fr. 8 testam. quemadm. aperiantur (29, 3).

18) Fr. 41 §. 2 de vulg. et pup. substit. (28, 6). Vgl. Mühlenbruch in Glücks Comm. Bd. XL. S. 446 f.

19) Vgl. fr. 18 de rebus dubiis (34, 5); fr. 59 de adqu. her. (29, 2).

20) Oder die Jahre, auf welche der Vater die Substitution beschränkte. Fr. 21, 38 §. 1, 2 de vulg. et pup. subst. (28, 6). Vgl. auch fr. 43 §. 1 eod. Eine Aufrechthaltung als Fideicommiß ist in diesen Fällen nur dann zulässig, wenn es der Testirer besonders angeordnet hat. §. 9 Inst. de pup. subst. (2, 16). Hofacker l. c. §. 1315.

d) wenn das väterliche Testament gänzlich (vgl. §. 547—551, 663) entkräftet wird [21]);

e) wenn der Substitut zugleich als Miterbe des Vaters ernannt war, und als solcher nicht zur Erbfolge kam [22]).

Durch Arrogation des Unmündigen nach dem Tode des Substituenten erlischt die Pupillarsubstitution nicht [23]).

## §. 544.

### c) Vorrechte der Soldaten in Ansehung der Vulgar- und Pupillarsubstitution.

Der Soldat kann unter den in §. 520 bezeichneten Voraussetzungen

1) dem eingesetzten Erben auch für den Fall, wenn er zur Erbfolge gelangt, einen Vulgarsubstituten ernennen, so daß dieser auf den Todesfall des ersten Erben, oder nach einer bestimmten Zeitfrist, an dessen Stelle tritt [1]).

2) Die Regel, daß die Vulgarsubstitution die Pupillarsubsti-

---

21) Fr. 2 pr. §. 1, fr. 10 §. 4, fr. 16 §. 1 eod. Vgl. fr. 4 §. 1, fr. 34 §. 2, fr. 35 eodem; fr. 8 §. 5 de inoff. testam. (5, 2); fr. 30 §. 10 de fideic. lib. (40, 5). Durch dolose Repudiation der testamentarischen Erbfolge (vgl. §. 626), wie durch Abstiniren eines eingesetzten suus (§. 595) wird die Pupillarsubstitution nicht entkräftet; ebensowenig im Falle des §. 658 f. Mühlenbruch a. a. O. S. 472 f.

22) Fr. 10 §. 3 de vulg. et pup. subst. (28, 6). Siehe jedoch fr. 12 eodem. Vergl. indessen in Betreff des Einflusses, welchen die Pupillarsubstitution auf die Erwerbung der väterlichen Erbschaft, und umgekehrt diese auf jene äußert, — fr. 42 pr. de adqu. her. (29, 2) mit fr. 28 de reb. auct. jud. (42, 5); ferner fr. 10 §. 2, 3 de vulg. et pup. subst.; fr. 59 de adquir. hered.; C. 20 de jure delib. (6, 30). S. hierüber Warnkönig in der Gießener Zeitschrift Band XVIII. Nr. 10. Vangerow am angef. O. Seite 182 f. Puchta, Vorles. zu §. 478. Mühlenbruch a. a. O. S. 419 f.

23) Vergl. fr. 18, 19 pr. de adopt. (1, 7) mit fr. 40 de vulg. et pup. subst. Puchta, Pand. §. 478 Note q.

1) Fr. 15 de vulg. et pup. subst. (28, 6); fr. 41 pr. de testamento militari (29, 1).

tution, und diese jene stillschweigend in sich begreife, gilt bei dem Testamente des Soldaten nicht[2]).

3) Der Soldat ist an die Gränzen der Pupillarsubstitution nicht gebunden, indem er

a) eine solche anordnen kann, ohne ein Testament für sich zu errichten[3]); deßgleichen

b) wenn das Kind nicht mehr unter seiner Gewalt steht[4]), und

c) sogar über die Jahre der Mündigkeit hinaus[5]), jedoch in den beiden letzten Fällen nur in Ansehung desjenigen Vermögens, was dem Kinde von ihm (dem Vater) zukommt[6]).

Diese Abweichungen bilden den Begriff der s. g. substitutio militaris.

### §. 545.

#### d) Von der Quasipupillarsubstitution[1]).

Nach Analogie der Pupillarsubstitution ist die Quasipupillarsubstitution (substitutio Justinianea seu exemplaris) gebildet, welche darin besteht, daß Ascendenten ihren wahnsinnigen Descendenten für den Fall, wenn sie im Wahnsinn sterben, einen Erben ernennen[2]). Sie unterscheidet sich von ihrem Vorbilde, der Pupillarsubstitution, in mehrfacher Hinsicht.

---

2) Constit. 8 de impub. et aliis substit. (6, 26). Nur zufolge erweislicher Absicht des Testirers ist hier die Duplicität der Substitution anzunehmen. Vgl. C. 6 de testam. milit. (6, 29). Mühlenbruch a. a. O. S. 297 Note 83. Dagegen Puchta a. a. O.

3) Fr. 2 §. 1 de vulg. et pup. subst. (28, 6); fr. 15 §. 5 de testam. milit. (29, 1).

4) Fr. 28 eod.

5) Const. 8 de impub. et aliis substit. (6, 26) vergl. mit fr. 15 de vulg. et pup. subst.

6) Fr. 10 §. 5 de vulg. substit. (28, 6); fr. 41 §. 4 de testamento militari (29, 1); Const. 8 cit. J. G. Bauer, de subst. milit. (Opusc. Tom. I, Nr. 5).

1) v. Löhr im A. f. c. Pr. Bd. V. Nr. 3; Bd. IX. S. 99 f. Thibaut ebd. S. 337 ff.

2) C. 9 de impub. et aliis substit. (6, 26) vergl. mit §. 1 Inst. de pupill.

1) Die Befugniß der Quasipupillarsubstitution ist kein Attribut der väterlichen Gewalt, sie steht allen Ascendenten der väterlichen und mütterlichen Linie zu, sofern nur zwischen ihnen und dem Wahnsinnigen Niemand in der Mitte steht [3]). Es gilt ferner gleich, ob der wahnsinnige Descendent sich noch in der väterlichen Gewalt befindet, oder nicht, ob er unmündig oder mündig ist.

2) Der substituirende Ascendent muß, wie bei der Pupillarsubstitution, auch für sich ein Testament errichten, und dem Wahnsinnigen wenigstens den Pflichttheil hinterlassen [4]).

3) Hat der Wahnsinnige Descendenten, so müssen diese, oder doch einer aus ihnen, substituirt werden [4a]). In Ermangelung von Descendenten ist der Testirer bei seiner Wahl an die von ihm abstammenden vollbürtigen und Halb-Geschwister des Wahnsinnigen gebunden. Sind auch keine Personen dieser Art vorhanden, so ist die Wahl unbeschränkt. Dasselbe findet statt, wenn die Descendenten oder Geschwister des Wahnsinnigen gleichfalls wahnsinnig sind [5]).

5) Haben mehrere Ascendenten von dem Rechte der Substitution Gebrauch gemacht, so entscheidet, wenn die Voraussetzungen

---

subst. (2, 16). Auch die Quasipupillarsubstitution (durch welche, wie durch die Pupillarsubstitution, die eigene Testamentserrichtung eines Testirunfähigen surrogirt wird) umfaßt (nach der richtigen, durch die Praxis festgestellten Auffassung) das gesammte Vermögen Desjenigen, welchem substituirt wird, nicht bloß das vom Testirer auf denselben gekommene. Mühlenbruch in Glücks Comm. Band XLI. S. 8—28. Dagegen Vangerow, Bd. II. §. 456.

3) Vergleiche die Worte der C. 9: „Liceat parentibus *legitima portione eis relicta* etc.“

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 3 f.

4a) „Unum vel certos vel omnes (ex eo descendentes) substituere“ verglichen mit den Worten „ut occasione hujusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris querela nulla contra testamentum eorum oriatur“. Gleichwohl lehren Francke (R. der Notherben S. 466 f.) und Puchta (Pandekten §. 479), den nicht substituirten Kindern des Wahnsinnigen sey wenigstens der Pflichttheil zuzuwenden. Allerdings können die deutlichen Gesetzesworte eine Anwendung finden, welche „den mäßigsten Anforderungen der Gerechtigkeit Gewalt anthut“.

5) Mühlenbruch a. a. O. S. 4 f.

der Pupillarsubstitution gegeben sind, die Verfügung des Vaters [6]); sonst theilen die mehreren Substituten als Miterben [7]).

6) Die Quasipupillarsubstitution erlischt, wenn der Wahnsinnige genest oder nur einen lichten Zwischenraum bekommt [8]); ferner, wenn derselbe vor dem Testirer oder der Substitut vor ihm stirbt, oder wenn erst nach der Substitution, ohne in dieser im Voraus berücksichtigt zu seyn, Kinder oder Geschwister des Wahnsinnigen geboren werden [9]).

7) Es ist unzulässig, das Institut der Quasipupillarsubstitution auf Descendenten auszudehnen, welche aus andern Gründen nicht testiren können, z. B. Verschwender, Taubstumme [10]).

## §. 546.

## F. Von Unwirksamkeit der Testamente [1]).

### 1) Wegen Ungiltigkeit von Anfang an.

Von Anfang an ist ein Testament ungiltig, wenn ein wesentliches Erforderniß seiner Errichtung fehlt (testamentum non jure

---

6) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 30 Note 51.

7) Arg. fr. 1 §. 6 de b. p. sec. tab. (37, 11): „sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit: *ex utroque quasi ex uno* competit bonorum possessio." Madai zu Mühlenbruch, Lehrb. §. 676 Note 5. Thibaut im A. f. c. Pr. Bd. II. S. 337 ff. Die Ansichten hierüber sind sehr verschieden. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 28 f. Vangerow a. a. O. Nr. 4. Dem Bedenken, daß nach der oben adoptirten Meinung der die Meisten ernennende Substituent das Vorrecht haben würde (Puchta, Vorlesungen zu §. 479), läßt sich damit begegnen, daß man auf die in jeder Substitution Ernannten als conjunctos den in §. 541 zu Note 5 vorgetragenen Satz anwendet.

8) C. 9 cit.: „mente captus perpetuo".

9) Mühlenbruch a. a. O. S. 37 f.

10) v. Löhr a. a. O. S. 109. Thibaut a. a. O. S. 344. Die Befugniß, einem taubstummen Kinde in gleicher Weise zu substituiren, kann durch Privilegium des Regenten erlangt werden. Die Wirksamkeit ist aber dadurch bedingt, daß das Kind nicht nachher die Testirfähigkeit erwirbt, oder daß es nicht einen suus heres erhält. Siehe fr. 43 de vulg. et pup. substit. (28, 6).

1) In diesem Betreffe kommt es zur Ausprägung des Unterschiedes zwischen

factum, injustum); so wegen Unfähigkeit des Testirers (§. 522) oder des Erben [2]) (§. 533), wegen irriger als Bestimmungsgrund wirkender Voraussetzung (§. 534 Nr. 1), wegen wesentlicher Mängel der Willenserklärung (§. 535), wegen Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form [3]). Nicht ungiltig, aber anfechtbar sind Verfügungen, zu welchen der Erblasser gezwungen wurde (§. 534 Nr. 2).

Für den Fall, daß der besondere Grund der Ungiltigkeit später gehoben wird, gilt als Regel: Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere [4]). Eine ursprünglich wegen Dunkelheit nichtige Verfügung kann durch nachträgliche aufhellende Erklärung wirksam werden [5]). Ist das Testament wegen eines Mangels ungiltig, der bei Soldaten nicht beachtet wird, so kann der Testirer, wenn er später in die das Soldatentestament bedingende Lage gekommen ist (§. 520, 527), durch eine nach Art desselben gemachte, bestätigende Erklärung die Convalescenz bewirken [6]).

In den angeführten Fällen der Ungiltigkeit ist regelmäßig nicht nur die Erbeinsetzung, sondern auch der übrige Inhalt des Testamentes unwirksam [7]).

---

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (§. 83 Note 1). Ein bloß anfechtbares Testament bleibt in voller Giltigkeit, wenn es von den Intestaterben anerkannt wird (§. 663); das nichtige wird durch Anerkennung der nächsten Intestaterben nicht giltig gemacht, vielmehr wirkt hier die Anerkennung, wenn sie mit dem Bewußtseyn der Nichtigkeit ausgesprochen ist, als Repudiation. S. jedoch §. 595 Note 2; s. auch §. 581 a. E. Von den Fällen der Unwirksamkeit wegen Verletzung des Notherbenrechtes, welche hier übergangen werden, s. unten §. 659 f.

2) Sind von mehreren eingesetzten Erben nicht alle unfähig, so werden nur die unfähigen mit den ihnen speciell gemachten Auflagen (§. 626 Nr. 2) gestrichen; im Uebrigen ist das Testament giltig.

3) Fr. 1 de injusto, rupto, irrito testam. (28, 3).

4) Fr. 29, 210 de reg. juris; §. 1 Inst. qu. non est perm. (2, 12). Vgl. fr. 1 de reg. Caton. (34, 7).

5) Fr. 21 §. 1 qui test. fac. poss. (28, 1).

6) Fr. 9 §. 1, fr. 15 §. 2, fr. 20 § 1, fr. 25 de test. milit. (29, 1).

7) Fr. 1 §. 1 de legatis III.: „Nihil in testamento valet, quoties ipsum testamentum non valet.“

## §. 547.

### 2) Aus Gründen, welche erst nach der Errichtung eintreten [1]).

#### a) Wegen Verlustes der Fähigkeit, zu testiren.

Ein giltig errichtetes Testament wird (seinem ganzen Inhalte nach) unwirksam (irritum), wenn der Testirer nachher unter die väterliche Gewalt eines Anderen kommt (durch Arrogation oder Legitimation) [2]). Die Wirksamkeit lebt indessen (eine b. p. sec. tabulas cum re begründend) wieder auf, wenn derselbe noch vor seinem Tode wieder sui juris wird, und nun das früher errichtete Testament ausdrücklich bestätigt [3]). Bei dieser Bestätigung bedarf es keiner Form [4]).

## §. 548.

#### b) Durch Willensänderung des Testirers.

*α)* Durch Errichtung eines neuen Testamentes.

Durch giltige Errichtung eines neuen Testamentes wird das ältere (seinem ganzen Inhalte nach) aufgehoben [1]). Ist das neue Testament von Anfang an wegen Unfähigkeit des Testirers oder Erben oder wegen Fehler des Willensactes [2]) oder der Form un-

---

1) Mühlenbruch in Glücks Commentar Band XXXIX. S. 10--78. Vangerow, Bd. 2 §. 458 f.

2) Vgl. §. 4, 5 Inst. quib. mod. test. infirm. (2, 17). Vgl. fr. 6 §. 5 de injusto rupto (28, 3); fr. 3 in f. de his quae pro non scriptis (34, 8). S. jedoch fr. 6 §. 13 de injusto rupto; fr. 11 §. 1, fr. 22, 23 de test. milit. (29, 1).

3) Vgl. §. 6 Inst. eod.; fr. 12 pr. de injusto (28, 3); fr. 1 §. 8, fr. 11 §. 2 de b. p. sec. tab. (37, 11). Mühlenbruch am angef. Ort S. 27 f. Puchta, Vorl. zu §. 462. Dagegen Vangerow a. a. O. §. 458.

4) Fr. 11 §. 2 eodem. Nach Marezolls (A. f. c. Pr. Bd. 8 S. 264) Ansicht ist schriftliche Erklärung nöthig.

1) §. 2, 7 Inst. qu. mod. test. infirm. (2, 17). Vgl. fr. 11, 16 de injusto rupto (28, 3).

2) z. B. wenn der Testirer irrig glaubte, daß der in dem ersten Testamente ernannte Erbe gestorben sey, und bloß deßwegen ein neues errichtet. —

giltig, so behält das ältere seine Kraft[3]). Jedoch kann ein älteres Testament auch durch ein neueres unter Zuziehung von 5 Zeugen errichtetes Codicill aufgehoben werden, sofern die in jenem übergangenen Intestaterben des Testirers in letzterem eingesetzt sind[4]).

Die Aufhebung des älteren Testamentes durch Errichtung eines neuen wird selbst durch ein Verbot des Erblassers nicht gehindert[5]). Hat aber der Erblasser das ältere Testament in dem neuen ausdrücklich[6]) bestätigt, so besteht das erstere als Codicill, und die darin angeordnete Erbeinsetzung als Fideicommiß[7]). Kann nicht ausgemittelt werden, welches von den mehreren Testamenten älter oder jünger sey, so ist keines wirksam. Wenn aber gewiß ist, daß sie zu gleicher Zeit errichtet wurden, so werden sie als ein Ganzes betrachtet[8]).

Gleichviel ist es, ob das jüngere Testament auf dieselbe oder auf andere Art errichtet worden, als das ältere; insbesondere kann

---

Fr. 92 de hered. instit. (28, 5). Doch muß in diesem Falle der in dem früheren Testament ernannte Erbe auch diejenigen Vermächtnisse entrichten, welche in dem späteren hinterlassen sind. Fr. 92 cit.

3) §. 2 Inst. quib. mod. test. inf. (2, 17): „Quod jure perfectum est"; fr. 1 de injusto (28, 3). Die bloße Anfechtbarkeit des neuen Testaments hindert die fragliche Wirkung (die Aufhebung des früheren) nicht, sofern nicht der Grund der Anfechtbarkeit auch die in der Errichtung des neuen liegende Aufhebung des früheren trifft; wie dies bei Erzwingung der neuen Verfügung der Fall wäre (§. 534). — In Ansehung der Frage, ob Uebergehung eines Notherben im neuen Testamente die Aufhebung des früheren bewirke, — s. unten §. 658 f.

4) C. 21 §. 3 de test. (6, 23). Vgl. fr. 2 de injusto (28, 3). Mühlenbruch in Glücks Comm. Band XXXVIII. S. 365 f. Vangerow, Bd. II. §. 460 S. 205 f.

5) Nur bei Soldaten (s. §. 520) wird dieses Verbot beachtet. Fr. 19 pr. de test. milit. (29, 1).

6) Als Bestätigung wird es auch angesehen, wenn in dem zweiten Testament der Erbe nur auf eine bestimmte Sache oder Summe eingesetzt ist. In diesem Falle muß er das Uebrige an die im ersten Testament ernannten Erben als Fideicommiß herausgeben. §. 3 Inst. quibus modis infirm. (2, 17).

7) Fr. 12 §. 1 de injusto (28, 3).

8) Fr. 1 §. 6 de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Vgl. jedoch Mühlenbruch a. a. O. S. 486 f.

auch ein reguläres durch ein privilegirtes aufgehoben werden [9]. Nach einer speciellen Vorschrift wird ein älteres Testament der Eltern unter ihren Kindern, welches nach der oben §. 531 angegebenen Form errichtet wurde, nicht durch ein neues gleichartiges, sondern nur durch ein reguläres aufgehoben [10].

Ist einmal ein älteres Testament durch ein jüngeres giltig errichtetes aufgehoben, so erlangt jenes seine Kraft nicht wieder, wenn gleich letzteres nachher seine Wirksamkeit z. B. durch Wegfallen des Erben verlieren sollte [11]. Diese Wiederherstellung findet nur dann statt, wenn der Testirer das jüngere gerade in der Absicht, daß das ältere gelten solle, wieder vernichtet hat [12].

### §. 549.

#### β) Durch Vernichtung.

Ein schriftlich errichtetes Testament wird durch Vernichtung [1] des Aufsatzes aufgehoben, wenn solche vom Testator ausgegangen oder doch mit Vorwissen desselben geschehen ist [2]. — Wird die Vernichtung durch Zufall oder durch einen Dritten bewirkt, so steht dies der Wirksamkeit nicht im Wege, sofern nur der Inhalt

---

9) Fr. 2 de injusto (28, 3); fr. 36 §. 4 de test. milit. (29, 1).

10) Nov. 107 cap. 2. Vergl. Not.-O. v 1512. Tit. v. Testam. §. 2, nach welcher auch ein früheres solennes Testament durch ein späteres testamentum inter liberos nicht aufgehoben wird. Vgl. Fritz, Lehre vom Testamente der Eltern unter Kindern §. 44. Mühlenbruch in Glücks Comm. Bd. XLI. S. 230 f.

11) §. 2 Inst. qu. mod. test. infirm. (2, 17).

12) Fall einer bon. poss. sec. tabulas — fr. 11 §. 2 de bon. poss. sec. tab. (37, 11).

1) Durch Zerreißen, Verbrennen, Durchstreichen, Ueberschreiben, Auslöschen u. dgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XXXIX. S. 80 f. Nach einem Erk. des O.-A.-G. zu Cassel kann auch ein mündlich errichtetes Testament durch absichtliche Vernichtung der darüber aufgenommenen Urkunde entkräftet werden. Seufferts Archiv Bd. 1 Nr. 96. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. 100 f.

2) Fr. 1, 2 de his quae in test. del. (28, 4); fr. 20 de injusto etc. (28,3); fr. 1 §. 8 si tab. testam. nullae (38, 6). J. H. Boehmer, de scriptura non legibili (Exerc. ad Pandect. Tom. IV). Was etwa der Testirer im Wahnsinne gethan, kommt nicht in Betracht. Fr. 20 cit.

und die giltige Errichtung auf andere Art bewiesen werden [3]). Ist der letzte Wille in mehreren Originalexemplaren ausgefertigt [4]), so wird er durch Vernichtung eines Exemplares nicht aufgehoben, wenn nicht die hierauf zielende Absicht des Testirers klar vorliegt [5]).

Sind nur einzelne Bestimmungen des Testaments ausgelöscht oder durchstrichen, so bleibt das Uebrige wirksam [6]). Jedoch fällt durch Verletzung der gesetzlichen Formen das Ganze [7]).

## §. 550.

### γ) Durch ausdrücklichen Widerruf.

Der bloße Widerruf bewirkt die Aufhebung eines Testamentes nicht, selbst nicht, wenn er vor Gericht oder sieben Zeugen erklärt wird [1]). Sind aber von Zeit der Errichtung bereits 10 Jahre

---

3) Vergleiche fr. cit. Vergl. fragm. 22 §. 3 qui testamentum facere possunt (28, 1); fr. 1 §. 3, 10, 11, fr. 11 §. 2 in f. de bon. poss. sec. tabulas (37, 11). C. 30 de testam. Wurde das Testament bei einem Dritten und nicht in dem Hause des Erblassers aufbewahrt, so vermuthet man, daß der Letztere an der Vernichtung keinen Theil hatte. Sprechen sonst nicht besondere Thatumstände gegen die Annahme, daß die Vernichtung vom Testirer ausgegangen, so ist das Letztere zu vermuthen. Mühlenbruch a. a. O. S. 105 f.

4) Ist von mehreren Exemplaren bloß das eine Original, das andere Copie, so kann nur das erstere als wirkliches Testament gelten, fr. 1 §. 7 de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Bei mehreren Originalen stellt jedes einzelne den ganzen letzten Willen vollständig dar, fr. 10 pr. test. quemadm. aper. (29, 3). Ueber den Fall eines Widerspruches unter den mehreren Exemplaren vgl. fr. 47 de legat. II. (31).

5) Fr. 4 de his quae in testam. (28, 4). Mühlenbruch am angef. Ort S. 98.

6) Fr. 2 eodem. Sind sämmtliche Erbeinsetzungen gestrichen, so gelten die Vermächtnisse quasi ex codicillo, fr. 3 eod. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 85 f.

7) S. jedoch §. 602.

1) Ueber fr. 4 §. 10 de doli mali except. vergleiche Vangerow, Bd. II. §. 460 Nr. IV. S. 211.

abgelaufen, so erfolgt die Aufhebung, sofern die Erklärung des Widerrufes vor Gericht oder wenigstens drei Zeugen geschah [2]).

Bei Soldaten (s. §. 520) wird zur Aufhebung eines Testamentes nichts weiter erfordert, als zur Errichtung [3]).

## §. 551.

### c) Durch Wegfallen des eingesetzten Erben.

Wird die Erbfolge aus dem Testamente dadurch vereitelt, daß der eingesetzte Erbe [1]) die Erbschaft nicht erwerben kann [2]) oder will (§. 595), so ist dasselbe seinem ganzen Inhalte nach unwirksam (testamentum destitutum) [3]). Ist indessen der Intestaterbe eingesetzt, so ist es ihm nicht erlaubt, die Testamentserbfolge zu dem Ende auszuschlagen, um die Vermächtnisse unwirksam zu machen [4]).

---

2) Const. 27 de testamentis (6, 23); §. 7 Inst. quibus modis testamentum infirm. (2, 17). Vergleiche Mühlenbruch a. a. O. Band XXXVIII. S. 251 f. Vangerow, §. 460 Nr. III, S. 209. Ueber die Wirkung der Zurücknahme eines ordentlichen Testamentes aus Gerichtshanden s. oben §. 532 a. E.

3) Fr. 34 §. 2, fr. 36 §. 3 de test. milit. (29, 1).

1) Sind mehrere eingesetzt, so wird das Testament nur durch das Wegfallen Aller destitut. Auch wird vorausgesetzt, daß kein Transmissar (§. 574) oder Substitut eintritt.

2) Weil er z. B. vor der Erwerbung unfähig wird, oder noch vor dem Testirer stirbt, oder die Bedingung nicht erfüllt wird.

3) Vergleiche §. 2 in fine de lege Falcid. (2, 22); fr. 181 de regulis juris Anderer Meinung wegen Nov. 1 cap. 1 und cap. 2 §. 2 sind v. Löhr im Archiv für civil. Praxis Band V. S. 385 und G. E. Heimbach in der Gießener Zeitschrift Bd. XIII. S. 369 f. Allein s. Vangerow, Bd. 2 §. 459 und Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. XXXIX. S. 51 f.

4) Fr. 1 pr. siquis omissa (29, 4). Anders verhält sich die Sache, wenn der Testirer es ihm ausdrücklich freigestellt hat, aus dem Testamente oder ab intestato zu succediren; aut si alia justa causa sit omittendi; fr. 6 §. 1, 3 eod. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 449–470. S. auch unten §. 626 Nr. 2.

## §. 552.

## G. Von Eröffnung und Kundmachung des Testamentes.

Der erste Schritt zum Vollzuge eines Testamentes ist die Eröffnung desselben. Sie wird auf Antrag der Interessenten [1]) oder auch von Amtswegen von der ordentlichen Obrigkeit des Verstorbenen, oder von dem Gerichte bewirkt, in dessen Händen sich das Testament befindet [2]). Zu dem Acte der Bekanntmachung [3]) sind alle bekannten Interessenten gehörig vorzuladen; auch ist jedem derselben auf sein Verlangen eine beglaubigte Abschrift auszufertigen [4]). Von der Bekanntmachung werden ausgeschlossen:

1) Verfügungen, deren einstweilige Geheimhaltung der Testirer angeordnet hat [5]).

2) Bestimmungen, welche Jemanden zum Schimpfe gereichen [6]).

Bei einem mündlich (ohne Beurkundung — §. 525) errichteten Testamente kann nicht von einer Eröffnung, sondern nur von einer Bekanntmachung nach obrigkeitlicher Vernehmung der Zeugen die Rede seyn.

---

1) Verweigert der Besitzer des Testamentes die Vorlage, so kann auf diese von jedem Interessenten mit dem *interdictum de tabulis exhibendis* geklagt werden, fr. 1 pr. de tab. exhib. (43, 5). Dieses erstreckt sich auch auf Papiere, welche mit dem Testamente im Zusammenhang stehen. Fr. 1 §. 2 eod. Mit der Einrede, daß dasselbe ungiltig sey, wird in diesem Verfahren der Beklagte nicht gehört. Fr. 1 §. 3 eod.

2) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. Seite 375, 380. Daß der Tod des Testirers entschieden, ist natürlich Voraussetzung der Eröffnung. Fr. 2 §. 4 quemadm. aper. (29, 3).

3) Einer verbreiteten Observanz zufolge wird das verschlossen gefundene Testament vorerst den vorgeladenen Interessenten zur Recognition der Siegel vorgelegt, und sodann erst zur Entsiegelung und Mittheilung des Inhaltes geschritten.

4) Mühlenbruch a. a. O. S. 389 f. Die Eröffnung eines gegenseitigen Testaments erfolgt schon, nachdem Einer der Testirer gestorben, sofern nicht von demselben das Gegentheil verfügt wurde. Mühlenbruch a. a. O. S. 379; Blätter für R.-A. Band 8 S. 416. Seufferts Archiv II, Nr. 310.

5) Fr. 8 quemadm. test. aper. (29, 3).

6) C. 3 eodem (6, 12).

### §. 553.

## H. Von Vollstreckung des Testamentes.

Nach Eröffnung und Kundmachung des Testamentes kommt es, sofern dessen Wirksamkeit unbestritten ist, zur Vollstreckung. Zur Besorgung derselben werden häufig vom Erblasser Testamentsexecutoren (s. g. Testamentare) bestellt [1]), welche bei der Lösung ihrer Aufgabe im Allgemeinen eine dem Mandatsverhältniß analoge Stellung haben [2]). Vor Allem dienen natürlich die Bestimmungen zur Richtschnur, welche etwa der Erblasser selbst über Umfang und Gränzen der fraglichen Geschäftsführung ausgesprochen hat. Abgesehen davon hat der Testamentar Begräbniß und Trauerfeierlichkeiten, sodann die Behütung und Ordnung, wie die Inventarisirung des Nachlasses und die Zusammenbringung der dazu gehörigen Sachen zu besorgen; unter seiner Leitung stehen die während der Verlassenschaftsbehandlung fortlaufenden Wirthschaftsangelegenheiten, an ihn werden Zahlungen geleistet und von ihm die laufenden Ausgaben bestritten; nebstdem ist es seine Sache, die Erfüllung der Anordnungen des Erblassers, insbesondere die Entrichtung der Vermächtnisse zu bewerkstelligen [3]). Um die außerdem fehlenden

---

1) Mühlenbruch in Glücks Commentar Bd. 43 S. 390 f. — Vergl. Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht I, Seite 217—233. Die Ernennung kann auch durch Codicill (§. 599) geschehen, sowie zur Auseinandersetzung von Intestaterbschaften. Mitunter hat der Testamentsvollstrecker dieses Geschäft durch Vertrag mit dem Erblasser oder zufolge Vereinbarung mit den Erbinteressenten übernommen; es gibt ferner Testamentsvollstrecker nach gesetzlicher Bestimmung (vergl. Const. 18, 49 de episc. et cler. 1, 3 und Nov. 131 cap. 11) oder gemäß obrigkeitlicher Verfügung.

2) Vgl. cap. 19, X. de test. (3, 26) mit fr. 8 de alim. leg. (34, 1). Mühlenbruch a. a. O. S. 416. Der letztwillig ernannte Testamentar ist zur Annahme dieser Geschäftsführung nicht verbunden. Hat er sich aber für die Annahme erklärt, so darf er nicht mehr zurücktreten. Verweigert er die Annahme, so verliert er das Emolument, welches ihm zur Vergütung seiner Mühe ausgesetzt war.

3) Die Honorirten können gegen den Testamentsvollstrecker auf Entrichtung

Mittel zu diesen Leistungen aufzubringen, muß ihm auch die Befugniß zustehen, Erbschaftssachen zu veräußern; was ebenso von Veräußerung solcher Sachen gilt, welche sich nicht oder nicht ohne Kosten (wie z. B. Pferde) behalten lassen. Den Zahlungsanforderungen von Gläubigern mag er genügen, wenn gegen die Richtigkeit in keiner Weise Bedenken obwalten[4]); Schuldner des Nachlasses auszuklagen, liegt nicht in seiner Aufgabe, nur darf er Einschreitungen nicht versäumen, welche von Gefahr auf dem Verzuge erfordert werden[5]).

Nicht selten hängt der Vollzug einer Anordnung des Testirers seiner Modalität nach von billigem Ermessen des Testamentsvollstreckers ab, in welcher Beziehung demselben zuweilen schiedsrichterliche Befugniß in solcher Weise beigelegt wird, daß gegen seinen Ausspruch keine Beschwerde an den Richter stattfindet[6]).

Die Testamentsvollstreckung endigt gemeinhin mit Einsetzung der Erben in den Besitz des Nachlasses, beziehungsweise mit dessen Vertheilung unter die Erben, sofern anzunehmen, daß der Testamentar auch für Besorgung der Vertheilung bestellt wurde. Aus dem in Wirksamkeit getretenen Bestellungsacte erwächst auch den Erben eine Klage gegen den Testamentsvollstrecker auf Erfüllung seiner Obliegenheiten, zu welchen insbesondere die Rechnungsablegung gehört.

---

Klage erheben, sofern es sich von einem in keiner Hinsicht bestrittenen Vermächtnisse handelt. Mühlenbruch am angeführten Orte Seite 444, 445.

4) Vgl. fr. 31 pr. de her. pet. (5, 3). C. 5 eodem (3, 31). Räthlich bleibt es immer, solche Leistungen nicht ohne Zustimmung der Erbinteressenten zu machen.

5) Vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 73.

6) Aber auch in denjenigen Fällen, welche eine Beschwerde an den Richter nicht ausschließen, darf dieser den Ausspruch des Testamentsvollstreckers nur insofern bei Seite setzen, als in demselben eine Abweichung von den Vorschriften des Testirers nachzuweisen ist. Seufferts Archiv Band 2 Nr. 205. Ueber die Besonderheiten der Testamentsvollstreckung, wenn durch dieselbe eine vom Testirer bezweckte Stiftung ausgeführt werden soll, — siehe Mühlenbruch am angeführten Orte Seite 427 f., 446 f.

§. 554.

## II. Delation der Erbfolge ab intestato[1]).

Vorbemerkung.

Wenn entweder kein Testament vorhanden, oder das vorhandene Testament unwirksam ist, so kommt es zur Intestaterbfolge. Tritt die Unwirksamkeit erst nach dem Tode des Erblassers ein, so geschieht der Anfall der Intestaterbfolge erst von der Zeit dieses Eintretens; in allen übrigen Fällen in dem Momente, da der Erblasser gestorben ist[2]). Der Berufene muß zur Zeit des Anfalls die allgemeine Erbfähigkeit haben[3]), und sie bis zur Antretung behalten[4]). Das Verhältniß, an welches das Gesetz die Berufung zur Intestaterbfolge zunächst geknüpft hat, ist die Verwandtschaft mit dem Erblasser, ohne Vorzug eines Geschlechtes vor dem andern. Nur in Ermangelung von Verwandten oder unter besonderen Umständen werden einige andere Verhältnisse berücksichtigt.

§. 555.

### A. Von der Erbfolge der Verwandten.

1) Von der Successionsfähigkeit.

Das Recht zur Intestaterbfolge wird sowohl durch Bluts- als durch Adoptivverwandtschaft begründet; jedoch nach folgenden näheren Grundsätzen:

1) Beruht die Blutsverwandtschaft auf außerehelicher Geburt (vgl. hierüber §. 40), so ist zu unterscheiden:

a) außereheliche Kinder sind weder in Ansehung ihres Vaters

---

1) Koch, succ. ab intest. Giessae 1798. Glück, von der Intestaterbfolge. Erlangen 1822. Roßhirt, Einl. i. d. Erbr. u. Darstellung d. Intestat-Erbr. Landshut 1831.

2) Vgl. §. 6 Inst. de legit. agnat. succ. (3, 2); fr. 2 §. 5 de suis et legit. (38, 16).

3) Glück a. a. O. §. 25.

4) Vergleiche §. 4 Inst. de hered. qual. (2, 19); fr. 1 §. 4 ad SC. Tertull. (38, 17).

noch der väterlichen Verwandten successionsfähig, und ebensowenig werden Vater und väterliche Verwandten zur Beerbung des außerehelichen Kindes berufen [1]). Hingegen besteht

b) im Verhältnisse desselben zur Mutter und den mütterlichen Verwandten vollkommene Successionsfähigkeit [2]). — Was in beiden Fällen von dem außerehelichen Kinde selbst gilt, bezieht sich auch auf dessen Nachkommen [3]).

c) Die außereheliche Geburt wird der ehelichen gleichgeachtet

α) im Falle der putativen (in gehöriger Form eingegangenen) Ehe (siehe oben §. 444); jedoch nur zu Gunsten des unschuldigen Theiles und der Kinder [4]);

β) nach erfolgter vollkommener Legitimation [5]).

---

1) §. 3 Inst. de succ. cognat. (3, 5); fr. 4 unde cogn. (38, 8). Nach röm. Rechte (vergl. Nov. 18 cap. 5, Nov. 89 cap. 12, 13) hatten Concubinenkinder, die Nichtexistenz einer Ehegattin und ehelicher Kinder vorausgesetzt, ein Successionsrecht auf den sechsten Theil der väterlichen Erbschaft mit der Verpflichtung, einen Kopftheil dieses Erbtheiles ihrer Mutter zu überlassen; auch hatte der Vater ein gleiches Successionsrecht an ihrem Vermögen. Wenn nun auch heutzutage der Concubinat eine solche rechtliche Folge nicht mehr erzeugen kann (§. 441 Note 4), so pflegt doch die Praxis jenes Intestaterbrecht auf uneheliche Kinder insgemein, die Anerkennung durch den Vater vorausgesetzt, anzuwenden. Vgl. Seufferts Archiv Bd. 1 Nr. 88.

2) §. 3 Inst. de SC. Orphit. (3, 4). Vgl. C. 5 eod. (6, 57); fr. 2, 8 unde cogn. (38, 8). Vgl. Seufferts Archiv Bd. 1 Nr. 256. Eine Ausnahme in Ansehung der ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis Erzeugten (Const. 6 de incest. nupt. 5, 5 und Nov. 89 cap. 15) ist für das praktische Recht nicht anzunehmen. Vangerow, Band 2 §. 413 Anm. 2.

3) Man drückt dies gewöhnlich so aus: Es dürfe in der ganzen Reihe der natürlichen Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem Erben Keiner in der Mitte stehen, der in Ansehung seines parens nicht erbfähig ist.

4) Vergleiche cap. 2, 15, X. qui filii sint legitimi (4, 17). Siehe auch in Ansehung von Brautkindern oben §. 446 (zu Note 11) und Uihlein im A. f. c. Pr. Bd. 8 Nr. 6. Unter Voraussetzung eines giltigen, nur durch den Tod oder ungegründete Weigerung des Bräutigams ohne Erfolg gebliebenen Verlöbnisses erkennt die Praxis den Brautkindern ein Successionsrecht zu.

5) C. 10 de nat. lib. (5, 27); Nov. 74 cap. 2, Nov. 89 cap. 9 §. 1. Glück a. a. O. §. 139.

2) Successionsfähig sind auch solche Personen, welche erst nach dem Tode des Erblassers zur Welt kommen (postumi); nur müssen sie schon vorher concipirt gewesen seyn [6]).

3) Was die Adoptivverwandtschaft betrifft, so wird

a) durch Arrogation [7]) und s. g. volle Adoption eine sich auf die Agnaten des Adoptivvaters und die Nachkommen des Adoptirten erstreckende wechselseitige Successionsfähigkeit begründet [8]);

b) die s. g. adoptio minus plena macht nur den Adoptirten erbfähig in Ansehung des Adoptivvaters, nicht der Verwandten desselben; auch findet hier eine gegenseitige Successionsfähigkeit des Vaters nicht statt [9]);

c) die von einer Frauensperson Adoptirten beerben die Adoptivmutter, nicht deren Verwandten, ohne wechselseitig von Jener beerbt zu werden [10]).

Die Successionsfähigkeit, welche auf Adoptivverwandtschaft fußt, setzt übrigens voraus, daß der Adoptirte von dem Adoptivvater nicht wieder emancipirt worden sey [11]). Auch wird durch keine

---

6) §. 8 Inst. de her. quae ab intest. (3, 1); fr. 6, 7 de suis et leg. (38, 16); fr. 30 §. 1 de adqu. her. (29, 1). A. M. Glück a. a. O. §. 153 Nr. 3. S. aber Vangerow, §. 411.

7) S. indessen von der Arrogation eines impubes oben §. 474, 475.

8) §. 2 Inst. de adopt. (1, 11); §. 2, 14 Inst. de her. quae ab intest. (3, 1); fr. 1 §. 4 unde cognati (38, 8); fr. 4 §. 2, 10 de gradibus (38, 10); Constitutio 10 pr. §. 5 de adoptionibus (4, 48). Vergleiche §. 2 Inst. de legit. agnat. (3, 2); fragm. 1 §. 11, fragm. 2 §. 3 de suis et legitimis (38, 16). Vergleiche Schmitt, die Lehre von der Adoption §. 43, 48, 56, 57.

9) C. 10 §. 1 de adopt. (8, 48).

10) C. 5 de adopt. Schmitt a. a. O. §. 69 ff.

11) Nur von der römisch-rechtlichen Emancipation handelt es sich hier, nicht von der deutschrechtlichen Quasi-Emancipation (§. 480 Note 6). §. 10—12 Inst. de hered. quae ab int. (3, 1). Vergleiche fr. 13, 14, 27 de adopt. (1, 7). Schmitt a. a. O. §. 44. Daß auch das durch adoptio minus plena begründete Intestaterbrecht durch eine der Emancipation analoge vor der Obrigkeit gepflogene Willenshandlung des Adoptivvaters wieder aufgehoben werden könne, läßt sich nach §. 1 der C. 10 de adoptionibus nicht bezweifeln. Hier wird ausdrücklich gesagt, daß durch Emancipation das durch die s. g. minus plena adoptio begründete Verhältniß wieder aufgehoben werde. Von Emancipation im eigentlichen Sinne kann

Art der Adoption das Successionsrecht zwischen dem Adoptivkinde und seinen leiblichen Eltern verändert oder gar aufgehoben [12]), so daß das Kind in dieser Eigenschaft auf beiden Seiten erben, und in Beerbung desselben leibliche und Adoptivverwandte concurriren können [13]).

### §. 556.

### 2) Von der Successionsordnung.

#### a) Im Allgemeinen.

Ergibt sich ein Fall der Intestaterbfolge, so werden nicht alle successionsfähigen Verwandten zusammen berufen; sondern es besteht unter denselben eine gesetzliche Ordnung, nach welcher die Einen vor den Anderen berechtigt sind. Bei dieser Successions**ordnung** kommt es theils auf die Art der Verwandtschaft (den Unterschied zwischen Descendenten, Ascendenten, Seitenverwandten), theils auf die Nähe des Grades an, ohne daß jedoch diese beiden Rücksichten allein entscheiden. Dieselbe enthält **vier** Classen [1]); in der ersten werden die **Descendenten**, in der zweiten die **Ascendenten**, vollbürtigen Geschwister und die Kinder vorverstorbener vollbürtiger Geschwister, in der dritten die **Halbgeschwister** und die Kinder vorverstorbener Halbgeschwister, in der vierten die (**nächsten**) übrigen **Verwandten** des Erblassers gerufen [2]). Allgemeine Grundsätze sind:

1) Jede frühere Classe schließt die späteren aus; d. h. solange noch Personen vorhanden sind, welche in einer früheren Classe stehen, werden die zu einer späteren gehörigen nicht gerufen. Sind aber die Personen [3]) einer früheren Classe, welchen die Erbfolge

---

allerdings nicht die Rede seyn, weil der minus plene Adoptirte nicht in der Gewalt des Adoptivvaters ist. §. 2 Inst. de adopt. (1, 11).

12) Nov. 118 cap. 1, 4.

13) Vergleiche über die verschiedenen Meinungen **Vangerow**, Band 2 §. 412.

1) Vgl. **Puchta**, Vorl. zu §. 457.

2) Nov. 118 cap. 1—3.

3) War mehreren Personen der früheren Classe deferirt, so kann es nur, wenn sie alle wegfallen, zur successio ordinum kommen. §. 9 Inst. de bonorum

zuerst angefallen war, ohne zu erwerben und ohne daß ein Transmissionserbe (s. unten §. 574) an ihre Stelle tritt, weggefallen, so geschieht nun, sofern in derselben Classe Niemand mehr vorhanden ist, der Anfall von Neuem an die Personen der folgenden Classe (successio ordinum) [4].

2) Nicht alle zu einer Classe gehörigen Personen werden jedesmal zusammen berufen. Insbesondere gilt der Grundsatz, daß Niemand zur Erbfolge gelangt, zwischen dem und dem Erblasser noch ein Dritter in der Mitte steht, und in einigen Fällen (bei Ascendenten und Verwandten der vierten Classe) schließt überhaupt der dem Grade nach Nähere jeden Entfernteren aus. Wenn jedoch der Nähere, welchem die Erbschaft zuerst anfiel, ohne zu erwerben wegfällt, so wird nun, falls keine Transmission Platz greift [5]) und Jener keinen Miterben hat [6]), der entferntere Verwandte derselben Classe, dem der Weggefallene bisher im Wege stand, durch neue Delation gerufen (successio graduum) [7]).

3) Die Vertheilung der Erbschaft geschieht entweder nach Köpfen, wenn soviele Theile gemacht werden, als erbende Personen vorhanden sind, und jede einen Kopftheil bekommt (successio in capita); oder nach Stämmen (in stirpes). Hier werden soviele Theile gemacht, als (in dem das Verwandtschaftsverhältniß des Erblassers zu den Erben darstellenden Stammbaum) Personen

---

possess. (3, 9). Ueber die verschiedenen Meinungen vergl. Vangerow, Band 2 §. 420 Seite 69 f. Arndts im Rechtslexikon Band V. Seite 693 f.

4) §. 7 Inst. de legitima agnat. success. (3, 2); fr. 1 §. 10 de success. edicto (38, 9); Constitutio 6 de legit. hered. (6, 58). Glück am angef. Ort §. 103.

5) In vielen Fällen würde durch successio graduum dieselbe Person zur Erbfolge gelangen, welcher sie jure transmissionis zu Theil wird.

6) Fragm. 9 de suis et legitimis (38, 16). Vergleiche §. 9 Inst. de bonorum possessione (3, 9); Constit. 15 §. 3 de legit. hered. Arndts a. a. O. S. 695.

7) §. 7 Inst. de legit. agn. succ. (3, 2); C. ult. §. 3 de legit. her. (6, 58). Glück a. a. O. §. 104, 105, 144. Puchta (Pand. §. 458) läßt die successio graduum nur in der zweiten Classe hinsichtlich der Ascendenten, und in der vierten Classe zu. S. dagegen Vangerow a. a. O. S. 66. Arndts a. a. O. S. 694.

zunächst unter, über oder neben dem Erblasser stehen[8]), so daß von jeder dieser Personen ein Stamm ausgeht, und mehrere demselben Stamme angehörige Erben zu dem auf diesen fallenden Stammtheil concurriren. Bei der Succession der Ascendenten werden die von den beiden Eltern des Erblassers ausgehenden zwei Stämme[9]) Linien genannt.

## §. 557.

### b) Insbesondere.

#### α) Erste Classe.

In der ersten Classe werden die successionsberechtigten Descendenten [1]) des Erblassers gerufen, und zwar ohne Unterschied des Geschlechtes, ohne Rücksicht auf väterliche Gewalt, und — sofern nur zur Zeit des Anfalles kein Näherer in der Mitte steht — auch ohne Unterschied des Grades[2]). Concurriren bloß Descendenten des ersten Grades, so wird nach Köpfen, in allen übrigen Fällen nach Stämmen getheilt, so daß die entfernteren Descendenten an die Stelle des vorverstorbenen Kindes treten, zu dessen Stamm sie gehören[3]). Dabei wird nicht erfordert, daß der Entferntere den

---

8) Schweppe, R. P.-R. §. 828. Vangerow, Bd. 2 §. 414.

9) In Beziehung auf diesen Fall kann der Ausdruck „Stamm" nur im uneigentlichen Sinne gebraucht werden. S. oben §. 44 am Ende des ersten Absatzes.

1) Vergl. §. 555 Nr. 1. Der Vater kann insoweit concurriren, als er den Nießbrauch an dem pec. adventitium des Erblassers behält. Nov. 118 cap. 1. S. §. 488 a. E. zu Note 17. Vgl. v. Löhr im Mag. Bd. 4 Nr. 7–9. Vangerow, Bd. 2 §. 415 Anm. 2. Puchta, Vorl. zu §. 457. Vgl. noch unten §. 562.

2) Nov. 118 cap. 1. Vergl. Arndts im Rechtslexikon Band 5 S. 686: „Das als Enkel von einem bestimmten Sohne mit dessen Einwilligung adoptirte Kind (§. 474 zu Note 4) erlangt auch sowohl gegen den letzten, als gegen den Adoptivgroßvater das Erbrecht eines natürlichen Descendenten des ersten, beziehungsweise des zweiten Grades. Fr. 10, 11 de adopt. (1, 7)."

3) Nov. 118 cap. 1. Vergleiche Constitutio 2 de suis et legitimis (6, 55). Glück a. a. O. §. 160, 161. Auch auf diesen Erbfall wird der Begriff des s. g. Repräsentationsrechtes (§. 558) bezogen. S. Vangerow, §. 414.

Näheren, an dessen Stelle er treten will, beerben müsse[4]); auch wird Jener dadurch nicht ausgeschlossen, daß Dieser auf die Erbschaft (vor dem Anfall) verzichtet hat[5]).

### §. 558.

#### β) Zweite Classe.

In der zweiten Classe erben

1) die nächsten Ascendenten[1]). Die dem Grade nach nächsten schließen jeden entfernteren aus, und zwar nicht nur die entfernteren derselben, sondern auch die der anderen Linie[2]).

2) Die vollbürtigen Geschwister, d. h. diejenigen, welche mit dem Erblasser dieselben durch Ehe verbundenen Eltern haben[3]).

3) Die Kinder ersten Grades vorverstorbener vollbürtiger Geschwister, indem diese von ihren Kindern bei der Erbfolge repräsentirt werden[4]). Man drückt dies so aus: Die Geschwisterkinder erben kraft des Repräsentationsrechtes. Dabei wird vorausgesetzt, daß sie im Verhältnisse zu der Person, welche sie

---

4) Vergleiche Glück a. a. O. §. 26 a. E. Puchta, Vorles. zu §. 457 S. 315.

5) Glück a. a. O. Kind, quaest. for. ed. II. Tom. II. cap. 60. Wenn jedoch der Sohn ausdrücklich für sich und seine Kinder, und sowohl für den Fall, daß ihm selbst, als auch für den, wenn seinen Kindern deferirt werden würde, der Erbschaft seines Vaters vertragsmäßig entsagt, und nachher die Enkel den verzichtenden Sohn beerbt haben, — so gilt unter solchen Umständen, was Kind l. cit. bemerkt: „Nepotes omnino hereditatis avitae jacturam patiuntur, siquidem obligationem ex renunciatione pactitia in heredes transire explorati juris est.“

1) Verschieden von der Erbfolge ist das dem Vater zustehende Recht, den Nießbrauch am peculium adventitium des Erblassers fortzusetzen. S. oben §. 488 zu Note 17.

2) Nov. 118 cap. 2.

3) Nov. 118 cap. 3. Vgl. §. 40 zu Note 2 und §. 555 zu Note 4 und 5. Zwei außereheliche Kinder derselben Eltern gelten nicht als vollbürtige Geschwister; ebensowenig Adoptivgeschwister.

4) Nov. 118 cap. 3. Das „Repräsentiren“ heißt nichts weiter, als daß die Neffen und Nichten an die Stelle ihres weggefallenen parens gerufen werden. Es läßt sich daraus nichts Besonderes, als die successio in stirpes folgern. Vangerow, §. 414. Kindeskinder vorherverstorbener Geschwister succediren erst in der vierten Classe (§. 560).

repräsentiren, successionsfähig, nicht aber, daß sie wirklich Erben derselben geworden seyen[5]).

In Ansehung der Vertheilung ist zu unterscheiden:

1) Sind bloß Ascendenten vorhanden, und zwar mehrere desselben Grades, so theilen sie, wenn sie in derselben Linie stehen, nach Köpfen[6]), wohingegen im entgegengesetzten Fall die Erbschaft zur einen Hälfte an die väterliche, zur anderen an die mütterliche Linie fällt, und erst von mehreren Concurrenten jeder Linie nach Köpfen getheilt wird[7]). Dabei kommt es nicht darauf an, von welcher Seite der Erblasser sein Vermögen oder einzelne Güter erworben hatte[8]).

2) Sind bloß vollbürtige Geschwister da, so findet die Theilung nach Köpfen statt. Dasselbe gilt,

3) wenn bloß Kinder vorverstorbener Geschwister concurriren, mögen dieselben nur einem oder verschiedenen Stämmen angehören[9]). Wenn

4) vollbürtige Geschwister mit vollbürtigen Neffen und Nichten zusammentreffen, so geschieht die Theilung nach Stämmen. Sind nebstdem

5) auch noch Ascendenten vorhanden, so wird gleichfalls nach Stämmen getheilt, indem jeder der nächsten Ascendenten für einen Stamm zählt[10]). Ebenso wird

6) verfahren, wenn Ascendenten nur mit Geschwisterkindern concurriren[11]); wohingegen

7) wenn nebst den Ascendenten nur Geschwister gerufen sind, Theilung nach Köpfen Platz greift.

---

5) Puchta a. a. O.

6) Vangerow, §. 416 Anm. 2.

7) Nov. 118 cap. 2.

8) Vinnius, sel. quaest. II, 31. Hofacker, princ. §. 1423.

9) Reichsabschied v. Speyer v. J. 1529 §. 31. S. Glück a. a. O. §. 175. Vgl. Vangerow a. a. O. Anm. 2 Nr. 3 S. 62.

10) Die Geschwisterkinder concurriren in diesem Falle zwar nicht nach der Nov. 118, wohl aber nach der Nov. 127 cap. 1.

11) Die Concurrenz der Geschwisterkinder fußt sich hier nicht sowohl auf Gesetzesvorschrift, als auf zweifelloser Praxis. Glück am ang. O. §. 168. Vangerow a. a. O. §. 416 Anm. 1. S. jedoch Puchta, Vorl. zu §. 457 S. 316.

Uebrigens richtet sich die Art der Vertheilung nach dem Verhältnisse der zur Zeit des Anfalls vorhandenen Personen, ohne daß hierin dadurch, daß Einzelne vor dem Erwerbe wegfallen, eine Veränderung herbeigeführt wird [12]).

## §. 559.

### γ) Dritte Classe [1]).

In der dritten Classe werden die Halbgeschwister des Erblassers und die Kinder (ersten Grades) vorverstorbener Halbgeschwister gerufen. Zu den Halbgeschwistern gehören auch Diejenigen, welche durch Arrogation oder volle Adoption in die Familie gekommen sind [2]), deßgleichen außereheliche Geschwister [3]), wenn sie gleich beide Eltern gemein haben. Nur eine Folge aus den allgemeinen Grundsätzen ist es, daß diejenigen Halbgeschwister, welche in Ansehung des Ascendenten, den sie mit dem Erblasser gemein haben, nicht successionsfähig sind, weder selbst noch (durch Repräsentation) in ihren Kindern gerufen werden [4]). Von den Geschwisterkindern gilt übrigens Alles, was von denselben in Ansehung der zweiten Classe gesagt wurde.

Wenn bloß Halbgeschwister oder bloß Halbgeschwisterkinder vorhanden sind, so wird nach Köpfen, wenn Geschwister mit Geschwisterkindern concurriren, nach Stämmen getheilt [5]). — Darauf, ob die Verwandtschaft von der väterlichen oder von der mütterlichen Seite begründet ist, kommt es nicht an; insbesondere

---

12) Glück a. a. O. §. 168. Vgl. Vangerow, §. 421. Arndts a. a. O. S. 695. Wenn z. B. Jemand mit Hinterlassung eines Bruders, eines Neffen von einem, und zweier Neffen von einem anderen Bruder verstirbt, und der Bruder vor der Erwerbung der Erbschaft wegfällt, so bleibt es bei der einmal nach oben Nr. 4 begründeten successio in stirpes; durch den Tod des Bruders wird die unter Nr. 3 angegebene successio in capita nicht herbeigeführt.

1) Nov. 118 cap. 3 pr.

2) Vergl. §. 2 Inst. de legit. agn. succ. (3, 2).

3) §. 3 Inst. de cogn. (3, 5); fr. 4 unde cogn. (38, 8).

4) Glück a. a. O. §. 187. Die in §. 555 Note 1 erwähnte beschränkte Successionsfähigkeit kommt hier nicht in Betracht.

5) Glück a. a. O. §. 189—191.

wird nicht darauf gesehen, von welcher Seite das Vermögen des Erblassers herrührt[6]). Die Schlußbemerkung des vorigen §. paßt auch auf diese Classe.

§. 560.

δ) Vierte Classe[1]).

In Ermangelung von Verwandten, die zu einer der vorigen Classen gehören, werden von den übrigen Verwandten die dem Grade nach nächsten gerufen. Der nähere schließt den entfernteren aus, und mehrere gleich nahe erben gemeinschaftlich nach Köpfen. In dieser Classe gilt weder ein Repräsentationsrecht, noch gibt die Vollbürtigkeit der Verwandtschaft einen Vorzug vor der halbbürtigen[2]). Die allgemeinen Beschränkungen der Successionsfähigkeit kommen auch hier zur Anwendung. In der Zahl der Grade liegt keine Gränze.

§. 561.

3) Von dem Einflusse der mehrfachen Verwandtschaft[1]).

Die mehrfache Verwandtschaft begründet nur dann einen Anspruch auf einen doppelten Erbtheil, wenn

1) die Verwandtschaft auf beiden Seiten gleich nah, und

2) demnach der mehrfach Verwandte von beiden Seiten zur Erbfolge gerufen ist; wenn

3) nach Beschaffenheit des Falles die Vertheilung nach Stämmen oder Linien Platz greift, so daß

4) der mehrfach Verwandte, als Repräsentant oder Mitglied mehrerer Stämme oder Linien, ebendeßwegen mehrere Stammtheile

---

6) Glück a. a. O. §. 189. Wegen C. 13 §. 2 de legit. her. (6, 57) und Nov. 84 cap. 2 sind Manche anderer Meinung. S. aber Vangerow, Bd. 2 §. 417.

1) Nov. 118 cap. 3. Glück a. a. O. §. 192, 193.

2) Pufendorf, Obs. II, 192, 193.

1) Glück a. a. O. §. 39—41.

(ganz oder zusammen mit anderen) bekommt oder in beiden Linien Erbe wird.

So oft aber nach Köpfen getheilt wird, gewährt die mehrfache Verwandtschaft keinen Vortheil, denn auch der mehrfach Verwandte zählt nur für einen Kopf.

§. 562.

## B. Von der Intestaterbfolge aus anderen Gründen.

### 1) Von der Erbfolge der Ehegatten.

In Ermangelung aller successionsfähigen Verwandten gelangt der überlebende Ehegatte (Mann oder Frau) zur Intestaterbfolge (ex edicto unde vir et uxor) [1]). Außer diesem Falle hat nur die Frau unter gewissen Umständen — in Concurrenz mit Verwandten — ein in mancher Hinsicht eigenthümliches Erbrecht [2]).

Wenn nämlich die Wittwe eines wohlhabenden Mannes dürftig (d. h. der Unterstützung zum Lebensunterhalt bedürftig) ist und insbesondere wegen Dürftigkeit dem verstorbenen Manne keine Dos zugebracht hatte, so beerbt sie denselben zum vierten Theile des Nachlasses, oder wenn sie mit vier oder mehreren [3]) Kindern des Erblassers [4]) concurrirt, zu einem Kindestheile [5]). Dabei wird vorausgesetzt, daß die Ehe bis zum Tode des Mannes fortdauerte [6]).

---

1) Fr. un. unde vir et uxor (38, 11). Voraussetzung dieses Erbrechtes ist, daß die Ehe auch bis zum Tode des Erblassers fortbestanden habe. Auch Trennung von Tisch und Bett hebt es auf. Arg. fr. un. §. 1 cit. Arndts a. a. O. S. 697. — Ueber Statuten-Collision in Bezug auf Erbfolge der Ehegatten vergleiche Savigny, System Band 8 §. 379 S. 336.

2) Martin, Rechtsgutachten Nr. 10. Glück, von der Intestaterbfolge §. 117—126. v. Löhr im Mag., Bd. 3 Nr. 10. Vergl. Pufendorf, Obs. III, 77. Zimmern, Grundriß S. 59.

3) Descendenten des zweiten oder weiteren Grades werden nach Stämmen gezählt; auch in dem Falle, wenn z. B. alle vorhandenen Enkel von einem Sohne abstammen. Glück a. a. O. §. 35 S. 129 ff.

4) Mögen übrigens diese von dem Erblasser in der letzten oder einer frühern Ehe gezeugt seyn.

5) Nov. 53 cap. 6, Nov. 117 cap. 5. Vgl. Nov. 22 cap. 18.

6) D. h. nicht bereits vorher durch Scheidung getrennt wurde. S. Nov. 22 cap. 18.

In diesen ihren Erbtheil muß sich die dürftige Wittwe Alles einrechnen lassen, was ihr der Erblasser von Todeswegen zugewandt [7]; keineswegs aber hat sie dazu ihr eigenes weniges Vermögen einzuwerfen [8]).

Sie wird Eigenthümerin Dessen, was sie durch diese Erbfolge erwirbt; concurrirt sie indessen mit Kindern, welche aus ihrer Ehe mit dem Erblasser entsprossen sind, so hat sie nur den lebenslänglichen Genuß und muß die Substanz ihren sie überlebenden Kindern hinterlassen [9]).

Uebrigens ist der Erblasser nicht befugt, den seiner dürftigen Wittwe gebührenden Erbantheil in seinem Testamente zu entziehen oder zu schmälern [10]). Deßwegen wird dieselbe, wenn sie gleich übergangen ist, kraft des Gesetzes, zu dem ihr gebührenden Antheile, Miterbin der eingesetzten Testamentserben [11]). Indessen steht es doch dem Erblasser frei, ihr den Betrag ihres Antheiles durch Vermächtniß zuzuwenden, in welchem Falle ihr die Eigenschaft eines Erben nicht zukommt [12]). Dasselbe gilt, wenn das hinterlassene Vermächtniß den gebührenden Antheil nicht erreicht und daher aus der übrigen Erbschaft ergänzt werden muß [13]). — In allen anderen Fällen hingegen ist sie wahre Miterbin [14]), erwirbt als solche ihren Antheil erst durch die Antretung [15]), und kann nach

---

7) Nov. 53 cap. 6 pr.

8) Martin a. a. O. §. 11, 12.

9) Nov. 117 cap. 5. Auch wenn sie theils mit eigenen, theils mit Kindern aus einer früheren Ehe des Erblassers concurrirt, muß sie ihren ganzen Antheil ihren Kindern hinterlassen. v. Löhr a. a. O. S. 375 vgl. mit dessen Abh. im A. f. c. Pr. Bd. 22 Nr. 1.

10) Nov. 53 cap. 6.

11) Vgl. Glück a. a. O. S. 472, 473.

12) Arg. Nov. 53 cap. 6 §. 1: „Nisi quatenus ex hac lege jurium *illius forte* heres extiterit". v. Löhr im Mag. a. a. O. S. 381 ff.

13) Arg. Nov. 53 cap. 6 pr.: „Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir minus quarta parte, *compleri hoc*". v. Löhr a. a. O. Dagegen Arndts a. a. O. S. 698.

14) Nov. 53 cap. 6 §. 1. v. Löhr a. a. O. S. 382.

15) v. Löhr a. a. O.

Verhältniß desselben von den Gläubigern des Erblassers belangt werden [16]).

Wenn sich die dürftige Wittwe nach dem Erwerbe ihres Antheiles wieder verheirathet oder zu Vermögen gelangt, so wird dadurch eine Aufhebung ihres Rechtes nicht bewirkt [17]).

Als Fall einer Erbfolge kann der Erwerb des Nießbrauches nicht gelten, welcher dem Vater, sofern die Mutter von Descendenten, die sich nicht mehr in der väterlichen Gewalt befinden, beerbt wird, an einem Kopf- oder Stammtheil des diesen [18]) Descendenten hinterlassenen [19]) Vermögens zufallen soll [20]) (s. oben §. 488 Note 16).

## §. 563.

### 2) Aus anderen Gründen.

Hierher gehört

1) das Erbfolgerecht Desjenigen, der einen Wahnsinnigen verpflegt hat. Wenn nämlich die Testaments- oder Intestaterben eines Wahnsinnigen sich desselben nicht annehmen [1]), hingegen ein Dritter ihn zu sich nimmt und auf eigene Kosten Sorge für ihn trägt, so wird dieser an der Stelle der als unwürdig ausgeschlossenen Testaments- oder Intestaterben zur Beerbung seines Pfleglings gerufen. Dabei ist indessen vorausgesetzt, daß derselbe die Testaments- oder Intestaterben zur Verpflegung des Wahnsinnigen ohne Erfolg aufgefordert, und daß die Verpflegung von Seite des Dritten bis zum Tode des Wahnsinnigen fortgedauert habe. Auch

---

16) Nov. 53 cap. 6 §. 1. Als heres kann sie auch durch das jus accrescendi gewinnen, aber freilich niemals mehr als den vierten Theil der Erbschaft erhalten. v. Löhr a. a. O. S. 385. Glück a. a. O. S. 471.

17) Martin a. a. O. §. 8. Glück a. a. O. S. 468 ff.

18) Concurriren andere Kinder, welche sich noch in der Gewalt befinden, so kommen deren Antheile, die als peculium adventitium dem väterlichen Nießbrauch ohnehin unterworfen sind, nicht in Ansatz.

19) Gleichviel ob durch Erbeinsetzung oder ab intestato.

20) C. 3 de bonis mat. (6, 60). Schrader, rechtswissenschaftliche Abhandl. Nr. 4.

1) „Si obsequiam ei et curam competentem non praebuerint."

ist das etwa vorhandene Testament, die Erbeinsetzung abgerechnet, wirksam [2]).

2) In Ermanglung aller Testaments- und Intestaterben wird

a) der Soldat von seinem Regimente beerbt [3]);

b) der Geistliche von der Kirche, bei welcher er angestellt war [4]);

c) der Pfründner von dem Hospital oder Armenhause, in welchem er seine Verpflegung hatte [5]).

3) Ist keiner von allen Successionsgründen wirksam [6]), so fällt die Erbschaft als herrenloses Gut dem Fiscus [7]) heim [8]). In diesem Falle muß der Fiscus ebenso, wie jeder Erbe, die Schulden des Erblassers (jedoch nie über den Betrag des Vermögens [9])) bezahlen und die etwa angeordneten Vermächtnisse entrichten [10]). Macht der Fiscus sein Recht binnen vier Jahren nicht geltend, so bleibt die Erbschaft dem Besitzer [11]).

---

2) Nov. 115 cap. 3 §. 12. Glück, Intestaterbfolge § 202.

3) C. 1 de her. decur. (6, 62). Vergl. fr. 6 §. 7 de injusto rupto (28, 3). Glück a. a. O. S. 755.

4) C. 20 de episc. et cler. (1, 3). Glück a. a. O. S. 759.

5) Glück a. a. O. §. 204 S. 761.

6) Ist kein Erbe irgend einer Art vorhanden, und der Verstorbene war bei seinen Lebzeiten mit einem Anderen zugleich vom Landesherrn beschenkt worden, so soll der (noch ungetrennte) Antheil des Verstorbenen an dem Geschenke nicht an den Fiscus, sondern an den Mitbeschenkten (socius liberalitatis principis) fallen. Const. un. si liberal. imperial. soc. (10, 14). Glück a. a. O. §. 205. Da dieses Recht sich nur auf den Gegenstand der Schenkung beschränkt, so kann man darin nicht einen Fall gesetzlicher Erbfolge erkennen; es ist vielmehr nur einem Vermächtnisse zu vergleichen. Arndts a. a. O. S. 700.

7) Und zwar dem Fiscus des Landes, in welchem der Verstorbene seinen Wohnsitz hatte. Glück a. a. O. S. 770.

8) C. 4 de bon. vac. (10, 10).

9) C. 5 eod.

10) Fr. 11 de jure fisci (49, 14); fr. 96 §. 1, fr. 114 §. 2 de legat. I. (30); fr. 8 §. 1 de jure codic. (29, 7); fr. 2 §. 1 de alim. leg. (34, 1); fr. 6 §. 3 ad SC. Trebell. (36, 1).

11) C. 1 de quadr. praesc. (7, 37). Vgl. jedoch fr. 18 de usurp. (41, 3).

## Zweiter Abschnitt.

## Von dem Erwerbe und dem Verluste der Erbfolge.

### §. 564.

### Vorbemerkung. Hereditas jacens.

Nach dem Anfall der Erbfolge, er mag aus diesem oder jenem Grunde geschehen, wird entweder die Erbschaft von dem Berufenen wirklich erworben, oder derselbe gelangt nicht zum Erwerbe [1]). Die beiden Fälle sind nun nebeneinander zu erörtern.

Solange noch Niemand Erbe eines Verstorbenen geworden ist, wird dessen Nachlaß, in Ansehung dessen vor der Hand kein Rechtssubject existirt, als hereditas jacens (ruhende Erbmasse) bezeichnet. Um die Fortdauer der Rechtsverhältnisse des Erblassers in der Zwischenzeit des Anfalles und Erwerbes möglich zu machen, ist der ruhenden Erbmasse von den Gesetzen die Eigenschaft einer juristischen Person beigelegt (s. oben §. 50), und angenommen, daß der Erblasser bis zum Eintritte eines Erben von ihr repräsentirt werde [2]). Nach dieser Ansicht können während der Zeit des Ruhens

1) neue Erwerbungen für die Erbschaft gemacht werden; freilich nur solche, bei welchen es nicht auf eine Willenshandlung des Erwerbers ankommt, z. B. durch Accession, auch durch Voll-

---

1) Von den sui heredes vergl. §. 516 b., 565.

2) Fr. 22 de fidejuss. (46, 1); fr. 34 de adqu. rer. dom. (41, 1); fr. 116 §. 3 de legatis I. (30); §. 2 Inst. de hered. instit. (2, 14). Arndts im Rechtslexikon Band 4 S. 2 f. — Vergleiche indessen über den Unterschied zwischen der fingirten Persönlichkeit der hereditas und den „wahren juristischen Personen" (Corporationen und Stiftungen) v. Scheurl, Beitr. I. (1852) Seite 8 f. Siehe auch Savigny, System Band II. Seite 365 f.

endung der Ersitzung, welche mit Ablauf der gesetzlichen Zeit geschieht [3]), oder durch Delicte, indem z. B. durch ein an Erbschafts-sachen begangenes damnum injuria datum der Erbschaft eine Obligation erworben wird [3a]); es können

2) Conventionalstrafen an dem mit dem Erblasser verabredeten Tage verfallen [4]); auch kann

3) das Obligationsverhältniß der negotia gesta mit Personen entstehen, welche sich des Nachlasses annehmen [5]).

Zur Bewahrung und Vertretung der ruhenden Masse kann von der Obrigkeit, wenn der Erblasser nicht selbst dafür gesorgt, ein curator hereditatis jacentis (§. 514) bestellt werden, welcher, wenn sich der Erwerb zu lange verzögert, auf Andringen der Gläubiger die Bezahlung der Schulden aus den vorhandenen Mitteln übernimmt [6]). — Gemeinhin werden die Geschäfte dieser Vermögenscuratel unmittelbar von der Obrigkeit besorgt.

---

3) Vgl. fr. 31 §. 5, fr. 40, fr. 44 §. 3 de usurp. et usuc. (41, 3) mit fr. 61 pr. de adqu. rer. dom. (41, 1). S. auch fr. 20 §. 3, fr. 25 §. 20, fr. 27, fr. 40 §. 1 de hered. pet. (5, 3). Vergl. hierüber v. Scheurl a. a. O. S. 22.

3a) Fr. 13 §. 2, fr. 15 pr., fr. 43 ad leg. Aquil. (9, 2). Vgl. fr. 13 §. 5 quod vi (43, 24); fr. 1 §. 6 de injur. (47, 10). Ein furtum kann an den noch nicht in Besitz genommenen Erbschaftssachen nicht begangen werden. Vgl. fr. 68—70 de furtis (47, 2); fr. 2 expil. her. (47, 19). Arndts a. a. O. S. 3.

4) Fr. 77 de V. O. (45, 1). Ueber den während des Ruhens der Erbmasse erfolgenden Ablauf der Frist zur Stellung eines besseren Käufers (§. 393) vgl. fr. 15 pr. de in diem addict. (18, 2).

5) Fr. 3 pr. §. 6, fr. 21 §. 1 de neg. gest. (3, 5).

6) Vgl. fr. 3 de cur. fur. (27, 10); fr. 23 §. 2—4 de hered. instit. (28, 5); fr. 8, 9 ex qu. causis in poss. eatur (42, 4). S. Glück, Commentar XXXIII, S. 118 f. Den Nachlaß in Processen zu vertreten, ist der curator her. jac. im Allgemeinen nicht legitimirt. Fr. 48 de admin. et peric. tut. (26, 7). Eine Ausnahme gilt für die Einklagung gefährdeter Forderungen. Arg. fr. 14 pr. de reb. auct. jud. (42, 5). Seufferts Archiv I, Nr. 114.

§. 565.

# I. Vom Erwerb der Erbfolge.

## A. Verschiedene Arten des Erwerbs.

### 1) Erwerb der sui heredes.

Sui heredes erwerben die Erbschaft ihres Vaters oder Großvaters sogleich durch den Anfall [1]), ohne daß sie dafür etwas zu thun brauchen, und ohne daß es auf ihren Willen ankommt [2]) (s. aber §. 595). Gleichviel ist es, ob sie als Intestaterben oder aus einem Testamente gerufen sind [3]). Ist ein Sohn nebst seinen Kindern bis zum Tode des Erblassers in dessen Gewalt gewesen, so erben letztere (die Enkel), sofern sie durch das Testament ihres Großvaters gerufen werden, gleichfalls als sui heredes [4]).

Hat übrigens der Erblasser verordnet, der suus solle Erbe seyn, wenn er wolle, so erwirbt er, wie jeder Andere, erst durch Antretung [5]).

§. 566.

### 2) Erwerb durch Antretung.

#### a) Allgemeine Grundsätze.

Jeder Andere, außer den suis, erwirbt die ihm angefallene Erbschaft erst durch die Willenshandlung [1]) der Erbschaftsan-

---

1) Fr. 14 de suis et legit. (38, 16). Vergl. fr. 11 de lib. et post. (28, 2). So auch die Erbschaft Dessen, dem sie vom Vater pupillariter substituirt sind; fr. 42 pr. de adqu. her. (29, 2).

2) So daß auch Kinder und Wahnsinnige diesen Erwerb ohne Zuthun des Vormunds machen. §. 2, 3, 8 Inst. de her. qu. ab int. (3, 1). C. 7 §. 2 de cur. fur. (5, 70).

3) Fr. 1 §. 7 siquis omissa (29, 4).

4) Vergleiche fr. 6 §. 5, 6 de adquir. hered. v. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 S. 198. Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXVI, S. 142 f.

5) Fr. 12 de cond. instit. (28, 7). Vergleiche fr. 86 §. 1 de hered. instit. (28, 5). Obiges gilt überhaupt von Einsetzung des suus unter einer Potestativbedingung.

1) Von dieser Willenshandlung, durch welche der Erbe in alle Rechts-

tretung (hereditatis aditio), d. h. durch die Erklärung, daß er sie annehme[2]). Die Antretung setzt voraus, daß der Berufene den Anfall der Erbschaft und den Grund (Testament oder Gesetz, Institution oder Substitution) des Anfalls genau (auch in Ansehung der Bedingtheit oder Unbedingheit) kenne, und das bestimmte Bewußtseyn habe, dem Erbschaftserwerbe stehe nichts im Wege[2a]). Bei der bedingten Einsetzung muß daher der Eingesetzte auch die Erfüllung der Bedingung erfahren haben[2b]).

Die Erbschaftsantretung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft (§. 73), bei welchem alle die Grundsätze zur Anwendung kommen, welche von Willenshandlungen und Rechtsgeschäften überhaupt gelten. Eine erzwungene Antretung ist nicht ungiltig, aber anfechtbar[3]). Im Falle einer durch Betrug erwirkten nachtheiligen Antretung hat der Betrogene gegen den Betrüger actio und exceptio doli[3a]), und kann, wenn derselbe zahlungsunfähig, Restitution erlangen (§. 668 Nr. 3). Irrthum über den Grund des Anfalles macht die Antretung unwirksam[3b]); wogegen Irrthum über den Bestand der Erbschaft nicht in Betracht kommt[3c]), und der über die Größe des Erbtheils die Wirksamkeit nur in dem Falle hindert, wenn die

---

verhältnisse des Erblassers eintritt, ist wohl die Thathandlung der Besitzergreifung zu unterscheiden, welche nothwendig ist, um den Besitz der Erbschaftssachen zu erlangen. Fragm. 23 pr., fr. 30 §. 5 de adquir. possess. (41, 2). Jene begründet eine Universalsuccession, diese muß an den einzelnen Sachen einzeln erfolgen. Siehe unten §. 571 a. E. und §. 575.

2) §. 7 Inst. de her. qual. (2, 19).

2a) Fr. 19, 22, 30 §. 1—8, fr. 32 pr. §. 1 de adquir. her. (29, 2). Vergl. fr. 34 pr. §. 1 eod. Vangerow, §. 498 (Bd. 2 S. 349); Arndts im Rechtsl. Bd. 4 S. 15.

2b) Fr. 21 de cond. et dem. (35, 1). Ueber fr. 21 §. 3 de adqu. her. vgl. Vangerow a. a. O.

3) Vergl. fr. 85 eodem; fr. 21 §. 5 quod metus (4, 2) mit fr. 6 §. 7 de adqu. her. Savigny, System Bd. III. §. 114 Note c, d.

3a) Fr. 40 de dolo malo (4, 3). Hat der Betrug einen die Wirksamkeit hindernden Irrthum verursacht, so liegt hierin das entscheidende Moment.

3b) Vgl. oben die Allegate der Note 2a. Siehe auch fr. 15, 16 de adquir. hered.

3c) Vgl. §. 5 Inst. de her. qual. (2, 19). — Ueber andere Fälle unerheblichen Irrthumes vgl. fr. 34 pr., fr. 96 mit fr. 74 §. 2, 3 de adqu. her.

Erbschaft ausdrücklich zu einem geringeren Theile angetreten ist, als sie deferirt worden[3d]).

Die Zulässigkeit des Handelns durch Stellvertreter gilt auch von der Erbschaftsantretung[4]). Sie kann ohne Zuziehung des minderjährigen Berufenen (heutzutage ohne Unterschied der infantes, Unmündigen und Mündigen) von dem Vormund erklärt werden[4a]), ohne daß es hiezu obervormundschaftlichen Consenses bedarf[4b]). Für einen Verschollenen (§. 39) kann die Antretung durch einen Stellvertreter (Curator) deßwegen nicht bewirkt werden, weil man ja nicht weiß, ob er den Erblasser überlebt habe[4c]). Ist in solchen Fällen die durch Edictalcitation vorgesteckte Frist ohne Erfolg verstrichen, so wird in Auseinandersetzung des Nachlasses

---

3d) Fr. 21 §. 3 vgl. mit fr. 75 eod.

4) Sintenis, Civ.-R. §. 183 Note 28. Dagegen (im Hinblick auf fr. 90 pr. eod. und fr. 54 pr. de adqu. rer. dom. 41, 1) Puchta, Pand. §. 497. — Zur Erbschaftsantretung bedarf es einer Specialvollmacht. Kreittmayr Anm. z. bayer. L.-R. III, 1 §. 5 Nr. 9 lit. h.

4a) S. oben §. 502. Mühlenbruch in Glücks Comment. Bd. XLII. S. 442. — Der Verschwender kann antreten, fr. 5 §. 1 de adqu. hered. Was aber die Verpflichtungen aus diesem Acte betrifft, siehe oben §. 513 Nr. 2 vgl. mit §. 257.

4b) Gegen eine nachtheilige Erbschaftsantretung kann der Minderjährige Restitution erlangen (§. 666). — Die particularrechtlich vorgeschriebene oder übliche obrigkeitliche Behandlung von Verlassenschaften, welche verschuldet oder bei denen Minderjährige interessirt sind, hat wohl in allen solchen Fällen auch die Dazwischenkunft der Obervormundschaft zur Folge.

4c) Mühlenbruch a. a. O. S. 462. Hiefür liegen Entscheidungen der Oberappellationsgerichte zu Wiesbaden, Lübeck, Darmstadt, Oldenburg und Cassel vor. Vergl. Heise und Cropp, jurist. Abh. Band II. S. 168 f.; Bl. f. R.-A. X, S. 236; Seufferts Archiv I, Nr. 160; III, Nr. 185, 346 Note 1. — Dagegen hat sich das Obertribunal zu Berlin für die Ansicht Krauts (die Vormundschaft Bd. 2 S. 246, 251 f., 260 f.) entschieden, nach welcher der deutschrechtliche Abwesenheitsvormund, sofern noch nicht 70 Jahre von der Geburt des Verschollenen verlaufen, die demselben angefallene Erbschaft anzutreten befugt seyn soll. Seufferts Arch. III, Nr. 298, 346. S. auch Bl. f. R.-A. XVI, 209 f., 225 f.

verfahren, als ob der Verschollene nicht in Mitte stehe [4d]). Vergleiche §. 568, 574, 580, 673.

Die Erbschaftsantretung kann sowohl ausdrücklich [5]) als stillschweigend — nämlich durch solche Thathandlungen erklärt werden, welche keine andere Deutung zulassen, als daß ihr Urheber Erbe seyn wolle (pro herede gestio) [5a]). Verfügungen über Erbschaftssachen und sonstige Aneignungsacte [5b]) sind als Bethätigung des Willens, Erbe zu seyn, unter der Voraussetzung aufzufassen, daß nicht beigefügte Erklärungen oder besondere begleitende Umstände die Vornahme in anderer Absicht glaubhaft machen [5c]). (Vgl. §. 72).

Die Erbschaftsantretung muß dem Anfall durchaus entsprechen, so daß es unzulässig ist, die angefallene Erbschaft bedingnißweise [6]) oder nur zu einem Theile anzunehmen [7]). Insbesondere geht es nicht an, Erbschaften dritter Personen, welche der Erblasser erworben hatte, von dessen übrigem Vermögen zu sondern, und nur jene, nicht auch dieses anzunehmen [8]).

---

4d) Dem Verschollenen bleibt, wenn er wieder zum Vorschein kommen sollte, die hered. petitio überlassen. Bl. f. R.-A. X, 236. — In der Praxis wird häufig die Erbschaft oder der Erbtheil, dessen Anfall an den Verschollenen unter der Voraussetzung, daß er den Erblasser überlebt, eingetreten wäre, einem curator absentis, oder gegen Caution dem mit oder nach dem Verschollenen Berufenen, bis zu dem Zeitpunkte verabfolgt, wo die Vermuthung für den Tod desselben eintritt (§. 39). Siehe hierüber Heise und Cropp a. a. O. Mühlenbruch a. a. O.

5) Daß sie den Betheiligten gegenüber erklärt werde, ist nicht erforderlich. Seufferts Archiv III, Nr. 75.

5a) §. 7 Inst. de her. qual. (2, 19); fr. 20, 88 de adqu. her. (29, 2).

5b) Beantragung der Ueberschreibung von Immobilien auf den Grund des Erbrechtes; Einklagen von Erbschaftsforderungen, Einziehen von zur Erbschaft gehörigen Ausständen, auch Erlassung oder Abtreten von dergleichen an andere.

5c) Vgl. die Mittheilungen über pro herede gestio aus der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel in Seufferts Archiv III, Nr. 76.

6) Fr. 51 §. 2 eod.

7) Fr. 1, 2 eod.

8) Im Hinblicke auf Constit. 3 unde liberi (6, 14) wurde behauptet, ausnahmsweise könne der Enkel bei Beerbung seines Vaters die dem letztern von Rechtswegen (kraft der Eigenschaft als suus) angefallene und factisch

## §. 567.

### b) Besondere Grundsätze von der Antretung, wenn Hauskindern oder Wahnsinnigen deferirt ist.

Ist der Anfall einem Hauskind geschehen, und dasselbe noch minderjährig, so kann (heutzutage ohne Unterschied der infantes, Mündigen und Unmündigen) [1]) die Antretung für dasselbe vom Vater, der hier als Vormund handelt (s. ob. §. 492), erklärt werden. Im Uebrigen sind Hauskinder bei Antretung einer ihnen angefallenen Erbschaft an die Zustimmung des Vaters nicht gebunden, und selbst Minderjährige können unter dem Beistand eines für diesen Zweck von der Obrigkeit zu bestellenden Curators gegen den Willen des Vaters erwerben [2]). Geschah die Antretung mit Zustimmung oder doch nicht gegen den Willen des Vaters, so wird die Erbschaft peculium adventitium regulare, im entgegengesetzten Falle peculium adventitium irregulare [3]). Will das Hauskind nicht antreten, so kann der Vater die Erbschaft für sich erwerben [4]). Dasselbe steht ihm zu, wenn Jenes als infans, und ohne zu erwerben, gestorben ist (transm. ex capite infantiae) [5]).

Ist einem (nicht schon unter Altersvormundschaft stehenden) Wahnsinnigen eine Erbschaft angefallen, welche er nicht sofort als suus erwirbt, so bleibt der Erwerb vor der Hand unentschie-

---

noch gesonderte Erbschaft des Großvaters allein annehmen und den übrigen Nachlaß des Erblassers ausschlagen. Siehe aber v. Löhr im Mag. III, S. 246–249.

1) Nach römischem Rechte mußte das Hauskind, sofern es nicht mehr infans war, die Erklärung selbst machen. Vergleiche Constitutio 18 de jure deliberandi (6, 30). — Ueber die Restitution, welche später gegen eine solche Antretung gesucht werden kann, vergleiche C. 8 §. 6 de bonis quae lib. (6, 61).

2) C. 8 pr. §. 1, 2 eodem. v. Löhr im Archiv für civil. Praxis Band 2 S. 196.

3) C. 8 §. 1 cit.

4) C. 8 §. 1 cit.

5) C. 18 §. 1 de jure del. In Ansehung der Frage, ob sich dies auch auf emancipirte Kinder erstrecke? (C. 18 §. 3 cit. in f.) vgl. Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXIX, S. 232 Note 49.

den[6]; dem Curator desselben soll aber Besitz und Verwaltung der Erbschaftssachen (bonorum possessio furiosi nomine) zukommen[7]. Erlangt nun der Wahnsinnige seinen Verstandesgebrauch wieder, so hat er selbst sich über Annahme oder Ausschlagung zu erklären. Stirbt er hingegen, ohne zu genesen, oder ohne sich nach erfolgter Genesung erklärt zu haben, oder schlägt er nun die Erbschaft aus, so geschieht eine neue Delation an Diejenigen, welche jetzt nach dem Wahnsinnigen als Substituten, oder zufolge des Anwachsungsrechtes (§. 593), oder nach der Ordnung der Intestaterbfolge die Nächstberufenen sind[8].

## §. 568.

### c) Von der Zeit, in welcher sich der Gerufene über die Antretung erklären muß.

Hat der Erblasser hierüber eine Bestimmung getroffen, so entscheidet diese[1]. Im Uebrigen ist der Erbe, wenn er von Niemand gedrängt wird, an keine Zeitfrist gebunden. Nur kann die Verspätung folgeweise nachtheilig werden, sofern nämlich für den Besitzer der Erbschaftssachen eine Verjährung eintritt[2].

Wird er aber gedrängt (von Substituten, Miterben, nachstehenden Erben, von Erbschaftsgläubigern oder Legataren), so muß er sich entweder sofort erklären, oder um eine Deliberationsfrist (spatium deliberandi) nachsuchen, welche ihm der Richter auf

---

6) Anderer Meinung Vangerow im Archiv f. c. Pr. XXX, Nr. 1 §. 7. S. dagegen Fritz und v. Löhr in der Gießener Zeitschrift. N. F. IV, Nr. 5, 7.

7) C. 7 §. 2, 3 de cur. fur. (5, 70). Ueber Sicherheitsleistung des Curators vgl. C. 7 cit. §. 4—6, 8.

8) C. 7 cit. insbesondere §. 7, 8 de cur. fur. (5, 70). Vergl. v. Löhr im A. f. c. Pr. V, S. 115. Mühlenbruch a. a. O. Bd. XLII. S. 445 f. In Ansehung des Anwachsungsrechtes hat Vangerow a. a. O. §. 4 ff. gewichtige Bedenken gegen die gemeine Meinung erhoben. Siehe indessen Fritz a. a. O.

1) Fr. 72 de adquirenda hereditate (29, 2). Vergl. unten §. 574 Note 7a. Savigny, System III, S. 404 Note a.

2) C. 3 de edicto divi Hadr. tollendo (6, 33).

neun Monate bewilligen kann[3]). Eine Verlängerung soll später nicht gestattet werden[4]). Während der bewilligten Frist ist der Berufene ermächtigt, den Stand der Erbschaft zu untersuchen, und zu diesem Ende die vorhandenen Papiere durchzugehen[5]), auch kann er mit Erlaubniß der Obrigkeit dringende Veräußerungen vornehmen[6]), und, wenn er Kind des Erblassers ist, den Unterhalt aus der Erbschaft verlangen[7]). Dagegen liegt ihm ob, ein Inventarium über den Nachlaß zu errichten[8]).

Läßt er die Frist verstreichen, ohne sich zu erklären, so wird sein Stillschweigen, wenn Substituten, Miterben oder Intestaterben auf die Erklärung gedrungen haben, als Ausschlagung, — hingegen, wenn er von Erbschaftsgläubigern oder Legataren gedrängt war, als Antretung beurtheilt[9]). Vergl. §. 572 Note 1.

---

3) Vergleiche fr. 23 §. 1 de hered. instit.; fr. 1 §. 1 de jure deliberandi (28, 8) mit C. 22 §. 13 eodem (6, 30). Nach römischem Rechte konnte die Nachsuchung auch beim Regenten geschehen, und auch dieser sollte die Frist nicht über ein Jahr bewilligen. Const. 22 §. 13 eod. Die Deliberationsfrist kann übrigens auch erbeten werden, ohne daß der Erbe von Personen der gedachten Kategorien gedrängt wurde. Ueber die Worte der C. 22 cit. §. 1: „intra trium mensium spatium" vergleiche Vangerow im Archiv für civ. Praxis XXII, Nr. 7; Dollmann in den Blättern für Rechtsanwendung VI, S. 129: „Wir sind genöthigt, die Erwähnung der drei Monate für bedeutungslos zu halten, weil wir nicht im Stande sind, ihre Bedeutung mit hinreichender Sicherheit ausfindig zu machen." — Ueber den besonderen Fall, wenn der eingesetzte Erbe von einem Pflichttheilsberechtigten, welcher die querela inofficiosi testamenti anstellen will, gedrängt wird, vergleiche Const. 36 §. 2 de inoff. test. (3, 23). S. unten §. 663.

4) C. 22 §. 13 de jure delib.

5) Fr. 5 pr. eod.

6) Fr. 5 §. 1 eod.

7) Fr. 9 eod.

8) C. 22 §. 14 eod. Unterläßt er die Inventarisirung (vergl. §. 572) ohne entschuldigendes Hinderniß, so können die Interessenten bei einem Streite über den Bestand der Erbmasse die Zulassung zum jusjurandum in litem (§. 236) begehren. S. auch unten §. 624 Nr. 4.

9) C. 22 §. 14 eodem. Vergleiche fr. 69 de adquir. hered. (29, 2). Die allgemeinen Worte der C. 22 §. 14 passen doch nur auf die Beziehungen des Deliberanten zu Gläubigern und Legataren. — War derselbe von

## §. 569.

## B. Von dem interimistischen Erbschaftsbesitze bei ungewisser Delation.

### 1) Ex edicto Carboniano [1]).

Wird einem Unmündigen, der eine Erbschaft als Kind des Erblassers entweder bei der reinen Intestaterbfolge [2]) oder gegen das Testament desselben [3]) oder aus dessen Testament [4]) in Anspruch nimmt, von anderen die Legitimität bestritten, so kann Jener verlangen:

1) daß der Rechtsstreit über die bestrittene Kindesqualität bis zu seiner Mündigkeit ausgesetzt, und

2) ihm bis zum Ausgange des Processes [5]) der Besitz der

---

Personen beider Kategorien gedrängt, so kann es auch zur Verwirklichung der beiden entgegengesetzten Präjudize kommen. Der in Folge seiner Nichterklärung den Gläubigern und Legataren Haftende mag sodann an die Nacherben, denen gegenüber er als Repudiant angesehen wird, seinen Rückgriff nehmen. Vgl. unten §. 581.

1) v. Löhr im Magazin II, 451 ff. und IV, S. 436–440. Vgl. indessen Vangerow, Bd. II. §. 512 S. 381 f.

2) Fr. 3 pr. de Carboniano edicto (37, 10).

3) Fr. 3 pr. eod. Im Falle der Anfechtung durch querela inofficiosi fand die Nachsuchung des provisorischen Erbschaftsbesitzes nicht statt. Fr. 20 de inoff. test. (5, 2). S. aber §. 663 Note 2.

4) Fr. 3 pr. §. 2 de Carbon. ed. (37, 10). Ist es außer Zweifel, daß der Unmündige die Person sey, welche der Erblasser als sein Kind zum Erben eingesetzt hat, so ist die Nachsuchung des interimistischen Besitzes nicht nothwendig, „quia vel quasi scriptus habet bonorum possessionem, etsi filius esse negetur". Wenn aber der Erblasser z. B. seinen postumus zum Erben einsetzte, und nun nach der Entbindung der Wittwe von den Verwandten behauptet wird, das Kind sey unterschoben worden, so kann die Geltendmachung des Carbonianischen Edictes allerdings von Nutzen seyn. Vgl. fr. 3 pr. cit. mit fr. 1 §. 8, 9 eod.

5) Vergleiche fr. 6 §. 6 eod. S. jedoch fr. 3 §. 3 eod.: „Nam etsi impubes esset, mox pubes factus, finiretur bonorum possessionis emolumentum" und fr. 14 eodem: „Quaeritur, an impubes, qui bonorum possessionem ex Carboniano edicto accepit, si, antequam possessio ad eum translata fuerit, pubes factus sit, petitoris partibus fungi debeat? Respondit in

Erbschaft mit der Befugniß, seinen Unterhalt daraus zu ziehen [6]), eingeräumt werde [7]).

Nähere Grundsätze hierüber sind:

1) der Richter, bei welchem die Ertheilung des interimistischen Besitzes nachgesucht wird, hat sofort über den Grund des Gesuches eine summarische Verhandlung einzuleiten, und, wenn in dieser mit Evidenz gezeigt wird, daß der Implorant kein Kind des Erblassers sei, die begehrte Immission zu verweigern [8]). Sie muß bewilligt werden, wenn die Sache zweifelhaft blieb [9]). Wenn auf der anderen Seite erhellt, daß es vortheilhaft für den Unmündigen sey, den Hauptstreit jetzt schon zur Entscheidung zu bringen, so findet der Aufschub bis zur Mündigkeit nicht statt [10]).

2) Stellt der Unmündige seinen Gegnern Realcaution, so gebührt ihm auch die (durch seinen Vormund zu führende) Verwaltung der Erbschaft [11]); stellt er die Caution nicht, so wird seinen Gegnern (auch abgesehen von dem Falle, wo diese ohnehin als Erben concurriren) der Mitbesitz eingeräumt, und ihnen, sofern sie caviren, die Verwaltung überlassen [12]). Caviren auch diese nicht, so ist zur Verwaltung ein besonderer Curator aufzustellen [13]).

---

eo, quod a possessore petit, probationem ei incumbere." Bei beiden Stellen ist wohl in Gemäßheit des fr. 6 §. 6 zu subintelligiren: „Si non caverit, nec paratus sit cavere."

6) Fr. 5 §. 3, fr. 6 §. 5 eodem.

7) Fr. 1 pr. eod. Es handelt sich sonach hier von Fällen, wo sich der Unmündige, dessen Kindschaft bestritten wird, nicht schon (durch seinen Vormund) im Besitze der fraglichen Erbschaft befand. — Von dem Falle, wenn es nur ein Erbtheil ist, was für den Unmündigen in Anspruch genommen wird, vgl. fr. 5 pr. eod.

8) Fr. 3 §. 4 eod.

9) Fr. 3 §. 4 eod.: „Si vero ambiguam causam etc."

10) Fr. 3 §. 5 eod.

11) Fr. 15 eod.: „Haec bonorum possessio, si satisdatum sit, non tantum ad possessionem adipiscendam, sed ad res etiam persequendas, et debitum exigendum, et collationem bonorum, et dotis, et omnium, quae conferri diximus, prodest."

12) Fr. 5 §. 2 eod. Vgl. fr. 5 pr. eod.

13) Fr. 5 §. 5 eod.

3) Die während des interimistischen Besitzes gezogenen Alimente werden auf keinen Fall erstattet, auch wenn der Hauptproceß für den Unmündigen verloren geht [14]).

4) Wenn einer der streitenden Theile während der Zeit des Aufschubs oder doch vor definitiver Entscheidung der Hauptsache stirbt, so gehen die Ansprüche desselben auf seine Erben über [15]).

5) War das Kind, dessen Legitimität bestritten wird, beim Tode des Erblassers noch nicht geboren, so ist das Recht auf den interimistischen Erbschaftsbesitz dadurch bedingt, daß die Mutter sowohl vor als während und nach der Niederkunft die für solchen Fall gegebenen Vorschriften genau beobachtet hat [16]). Doch soll, wenn die Versäumniß blos in Rechtsunkunde der Mutter ihren Grund hat, zum Besten des Kindes Nachsicht stattfinden [17]).

6) Der dem Unmündigen eingeräumte Erbschaftsbesitz wird auch nach Erreichung der Mündigkeit fortgesetzt, sofern von demselben Caution geleistet ist, oder jetzt geleistet wird; in welchem Falle ihm in dem zu eröffnenden Hauptprocesse die Rolle des Beklagten zukommt. Leistet er keine Caution, sein Gegner aber

---

14) Fr. 5 §. 3 eod.

15) Fr. 12, fr. 3 §. 7 eod.

16) Vergleiche fr. 1 §. 15, fr. 2 pr. de inspic. ventre (25, 4): „Edictum de custodiendo partu derogatorium est ejus, quod ad Carboniani decreti exemplum comparatum est“ mit fr. 1 §. 10 eodem, in welchem sich die Worte des Edictes „de inspiciendo ventre custodiendoque partu“ finden. Doch heißt es in §. 15 desselben Fragmentes: „Sed mos regionis inspiciendus est, et secundum eum et observari ventrem, et partum et infantem oportet“. Vgl. Glück, Comm. XXVIII, S. 320, 321. Die römischen Formalitäten (siehe fr. 1 §. 10 cit.) werden nicht mehr genau eingehalten. Es soll zwar die Anzeige an die Interessenten immer noch geschehen, deren Unterlassung aber von Seite der Mutter nur ihr, nicht dem Kinde nachtheilig seyn (§. 570). Die Untersuchung pflegt heutzutage unter der Leitung eines Gerichtsarztes, etwa durch einen geübten Geburtshelfer, zu geschehen. Wird die Wittwe wirklich schwanger befunden, so können die Betheiligten die Anordnung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln durch eine anständige Aufsicht erlangen, deren nähere Verhältnisse durch richterliches Ermessen zu bestimmen sind.

17) Fr. 1 §. 15, fr. 2 §. 1 eod.

ist dazu erbötig, so muß er nun den Besitz an diesen abtreten, und die Rolle des Klägers übernehmen [18]).

## §. 570.

### 2) Ventris nomine.

Hinterläßt der Erblasser eine schwangere Wittwe, so kann diese für den zu hoffenden postumus den interimistischen Erbschaftsbesitz (bon. poss. ventris nomine) [1]) und Unterhalt aus der Erbschaft bis zur Entbindung verlangen [2]). Wenn in anderen Fällen die Delation noch vom Ausgang einer Schwangerschaft abhängt, indem z. B. das concipirte, aber noch nicht geborne Kind eines Dritten durch Testament zur Erbfolge berufen ist, so kann die Mutter den einstweiligen Besitz der Erbschaft nur insofern begehren, als es ihr außerdem an Mitteln des Unterhaltes gebricht [3]). Wird der Mutter in dem ersten Falle die Eigenschaft einer rechtmäßigen Ehefrau, oder wird die Schwangerschaft bestritten, so ist darüber eine summarische Verhandlung zu pflegen. Erhellt mit Zuverlässigkeit, daß das Vorgeben der Implorantin unrichtig sey, so wird das Gesuch zurückgewiesen; im entgegengesetzten, sowie in dem Falle, wenn die Sache zweifelhaft bleibt, der provisorische Besitz zuerkannt [4]). Uebrigens ist ein Curator zu bestellen, der sowohl für die Verwaltung der Güter, als auch für die Person des künftigen Erben [5]) zu sorgen hat (bonis et ventri datur) [6]).

Der provisorische Besitz hört auf, sobald die Entbindung erfolgt oder die Nichtschwangerschaft gewiß ist [7]). Auch in letzterem

---

18) Fr. 6 §. 6 de Carboniano edicto (37, 10).

1) Fr. 1 pr. de ventre in poss. mitt. (37, 9).

2) Fr. 1 §. 19 eod.

3) Fr. 6 eod.

4) Fr. 1 §. 14 eod.

5) Dadurch, daß er es der Mutter sowohl vor als während der Entbindung an ihrem Unterhalt und erforderlicher Unterstützung und Pflege nicht fehlen läßt, daß er für die gehörige Pflege des Neugebornen sorgt, insbesondere auch durch Fürsorge gegen Unterschiebung eines unächten Kindes und dergleichen.

6) Fr. 1 §. 17, 18 eod.

7) Fr. 1 §. 27 eod. Vgl. indessen §. 569.

Falle hat die Frau, insoferne sie nicht betrüglich handelte, für die gezogenen Alimente keinen Ersatz zu leisten [8]).

### §. 571.

### C. Von den Wirkungen des Erwerbes einer Erbschaft.

#### 1) Im Allgemeinen.

#### a) Repräsentation des Erblassers.

##### α) Der Regel nach.

Der Erwerb der Erbschaft bewirkt den Eintritt des Erben in alle Rechtsverhältnisse des Verstorbenen [1]), so daß nur die höchst persönlichen [1a]) nicht mehr fortdauern. Dabei wird der Erwerb auf den Tod des Erblassers zurückbezogen und durch eine Rechtsfiction angenommen, es sey der Eintritt des Erben bereits im Augenblicke des Todes erfolgt [2]). Erblasser und Erbe werden von dieser Zeit als eine Person betrachtet [3]), und nach dem Tode des Letzteren erstreckt sich diese Repräsentation auch auf die Erbeserben [4]). Der Nachlaß und das bisherige Vermögen des Erben bilden forthin nur ein Ganzes, nur ein Vermögen (patrimonium) [4a]),

---

8) Fr. 1 §. 28, fr. 3 eod.

1) Fr. 37 de adqu. her. (29, 2).

1a) Statusrechte, das eheliche Verhältniß, das Vormundschaftsverhältniß; ferner Personalservituten, persönliche Privilegien, Mandats- und Societätsverhältniß, Verbindlichkeit zu Dienstleistungen, Klagrechte, welche activ oder passiv nicht auf die Erben übergehen.

2) Fr. 138 §. 1, fr. 193 de regulis juris (50, 17): fr. 54 de adquir. hered. (29, 2).

3) Nov. 48 praef.

4) Fr. 194 de reg. juris: „Qui per successionem, *quamvis longissimam*, defuncto heredes extiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt.“

4a) Dafür sprechen insbesondere die Bestimmungen über das jus separationis. S. unten §. 573. — Abweichend Puchta im rhein. Museum Band III. S. 304; Pand. und Vorles. §. 447; Arndts im Rechtslexikon Bd. IV. Seite 18; v. Scheurl, Beiträge H. I. Nr. 1. — Allerdings gibt es einzelne Beziehungen, in welchen sich die frühere Sonderung noch geltend macht. Siehe §. 290, 642. Vgl. fr. 62 de adqu. dom. (41, 1). Auch

und alle Rechte des Erben gegen den Erblasser, sowie des Erblassers gegen jenen sind von Rechtswegen aufgehoben [5]).

Durch den Erwerb der Erbschaft wird der Erbe Nachfolger des Verstorbenen in allen dinglichen Rechten und Forderungen, aber auch in Verbindlichkeiten und Schulden, für welche er [6]) sogar über den Bestand der Erbmasse haftet [7]), indem nun die Gläubiger des Erben und des Erblassers zur Befriedigung aus dem jetzt vereinten Vermögen ohne Unterschied der früheren Bestandtheile als Gläubiger einer Person concurriren [8]). Insbesondere kann der Erbe Verfügungen des Erblassers über Sachen und Rechte, welche zu seinem, des Erben, Vermögen gehörten, ebenso wenig anfechten, als wenn er selbst der Urheber wäre [9]).

Das Recht, welches der Berufene als Repräsentant des Erblassers an dem gesammten Nachlasse des Verstorbenen erlangt, heißt Erbrecht (hereditas im subjectiven Sinne). Dasselbe wird, nach Analogie des Eigenthums, zu den dinglichen Rechten gezählt.

Uebrigens bewirkt der Erwerb des Erbrechtes nur eine Nachfolge in die Rechtsverhältnisse des Erblassers, nicht in den

---

entspringt daraus das Erforderniß der Sachlegitimation bei Geltendmachung erbschaftlicher Rechtsverhältnisse.

5) Fr. 75, fr. 95 §. 2 de sol. (46, 3). Fälle einer Wiederherstellung ergeben sich durch den Verkauf der Erbschaft, fr. 2 §. 18 de hered. vend. (18, 4), fr. 9 commun. praed. (8, 4); durch Restitution der Erbschaft an einen Fideicommißerben, fr. 73 §. 1, fr. 80 ad SC. Treb. (36, 1); durch Geltendmachung des Separationsrechtes von Seite der Erbschaftsgläubiger, fr. 3 pr. §. 1 de separat. (42, 6); durch nachfolgende Rescission des Testaments, durch welches die Erbfolge begründet wurde, Const. 22 de inoff. testam. (3, 28).

6) Der Soldat ist ausgenommen, Constitutio 22 pr. §. 15 de jure delib. (6, 30).

7) Fr. 8 pr. de adqu. hered. (29, 2); C. 10 eod. (6, 30).

8) Es bedarf der Ausübung des jus separationis (§. 573), um diese Wirkung auszuschließen.

9) Fr. 73 de evict. (21, 2); C. 14 eod. (8, 45); C. 14 de rei vind. (3, 32). S. §. 197 Note 10. Vgl. indessen §. 1 Inst. de singulis rebus (2, 24): „Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.“ Seufferts Archiv III, Nr. 81. — S. unten §. 604 Note 8, §. 613 Note 1, §. 631 Note 6, §. 640. Vgl. auch oben §. 532b.

Besitz, welchen derselbe an den einzelnen Gegenständen seines Vermögens gehabt hat. Diesen erlangt der Erbe erst durch wirkliche Besitzergreifung, welche nicht an der juristischen Gesammtheit, als einem Ganzen, sondern nur an den einzelnen Sachen Platz greifen kann [10]).

## §. 572.

### β) Modification der Regel.

#### a) Durch die Rechtswohlthat des Inventars [1]).

Dem Nachtheil, über den Bestand der Masse für Schulden des Erblassers und für Vermächtnisse haften zu müssen, kann der Erbe dadurch entgehen, daß er ein Inventarium über die Erbschaft errichtet [2]). — Räthlich, wiewohl nicht gerade nothwendig ist es, sogleich bei der Antretung zu erklären, daß man die Erbschaft nur mit der Rechtswohlthat des Inventars annehme [3]). Dagegen wird erfordert:

1) daß er die Errichtung des Inventars innerhalb 30 Tagen von der Zeit an, da ihm der Anfall kund geworden, beginne, und sodann in 60 Tagen, oder wenn er von dem Orte, wo der größte

---

10) Fr. 23 pr., fr. 30 §. 5 de adquir. possess. (41, 2). Plenarbeschluß des Berliner Obertribunals vom 7. Nov. 1849: „Der Erbe hat nicht die possessorische Klage auf Wiederherstellung oder Schutz des Besitzes von Erbschaftssachen, wenn die Störung seines Rechtes zum Besitze zwar nach dem Anfalle, aber vor der Besitznahme der Erbschaft vorgekommen ist." Seufferts Archiv III, Nr. 348.

1) Mühlenbruch in Glücks Commentar XLI, Seite 355 f. Eine Concurrenz dieser Rechtswohlthat mit Erbittung des spatium deliberandi (§. 568) findet nicht statt. Hat man das letztere ausgewirkt, so schützt die Errichtung des Inventars, wenn nachher die Antretung erfolgt oder anzunehmen ist, nicht vor der Haftung über den Bestand der Masse. Vergl. Constitutio 22 §. 12—14 de jure delib. (6, 30). Der Beneficialerbe kann übrigens die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, selbst nicht innerhalb der Inventarisationsfrist. Vangerow im Archiv für civil. Praxis XXII, S. 173—177.

2) C. 22 cit. vgl. mit Nov. 1 cap. 2.

3) v. Bülow und Hagemann, prakt. Er. IV, 62.

Theil der Erbschaft liegt, abwesend ist, innerhalb Jahresfrist (vom Tode des Erblassers gerechnet) vollende [4]);

2) daß er dabei einen Notar und die Interessenten [5]), oder, wenn diese nicht erscheinen, drei unbescholtene Zeugen zuziehe [6]);

3) das gefertigte Inventar mit Bemerkung der Totalsumme und der Versicherung, daß nichts unterschlagen sey, unterzeichne [7]). Kann er nicht schreiben, so zeichnet er mit einem Kreuze, was der Notar beglaubigt [8]).

Das Unterlassen der Inventarisirung kann durch Erbieten der eidlichen Manifestation nicht ersetzt werden [9]). Die Rechtswohlthat des Inventars äußert sich darin:

1) Vor der Vollendung des Inventars kann der Erbe von den Gläubigern des Erblassers und Vermächtnißnehmern nicht gedrängt werden [10]).

2) Derselbe haftet den Gläubigern nicht über den Bestand des Nachlasses [11]);

3) die Forderungen, welche früher der Erbe an den Erblasser hatte, werden nicht aufgehoben, sondern denen anderer Gläubiger gleichgehalten [12]).

---

4) Const. 22 §. 2, 3 cit. Vergleiche hierüber Mühlenbruch am ang. O. S. 356—358.

5) Mühlenbruch a. a. O. S. 359, 360.

6) C. 22 §. 2, 3 cit. Nov. 1 cap. 2 §. 1.

7) C. 22 §. 2 eod. War der Erbe in der Lage, Erbschaftssachen bei Seite schaffen zu können, so muß er noch auf Verlangen von Erbschaftsgläubigern, Vermächtnißnehmern oder Miterben den Manifestationseid leisten. C. 22 §. 10 cit. Mühlenbruch a. a. O. S. 409 f.

8) C. 22 §. 2 eodem, wo für diesen Fall noch beigefügt ist: „Testibus videlicet adsumendis qui heredem cognoscant, et jubente eo, tabularium pro se subscribere, interfuerint."

9) v. Bülow und Hagemann a. a. O.

10) C. 22 §. 11 eodem. Wohl aber von Denjenigen, welche ihr Eigenthum aus dem Nachlasse reclamiren. Hofacker, princ. §. 1457 not. b. Den Gläubigern lauft während der Inventarisationsfrist keine Verjährung. S. oben §. 30. Der inventarisirende Erbe ist seinerseits nicht gehindert, die Erbschaftsschuldner zu mahnen und auszuklagen.

11) C. 22 §. 4 eod.

12) C. 22 §. 9 eod. Dem Erben bleibt auch die Anfechtung der Verfügungen

4) Die auf Beerdigung des Verstorbenen, Errichtung des Inventars und Verwaltung der Erbschaft verwendeten nothwendigen Kosten werden vorabgezogen [13]), und sodann Gläubiger und Legatare von dem Erben in der Ordnung befriedigt, in welcher sie sich melden, ohne daß er auf die gesetzliche Rangordnung Rücksicht zu nehmen hat [14]). Auch ist der Erbe ermächtigt, Gläubiger durch datio in solutum zu befriedigen [15]), oder durch Verkauf von Sachen Zahlungsmittel beizuschaffen; in welchem Falle die an den verkauften Sachen haftenden Pfandrechte erlöschen [16]).

Ergibt sich nach Tilgung der Schulden ein Rest, so verbleibt er, nach Berichtigung der Vermächtnisse, dem Erben [17]).

Die Rechtswohlthat des Inventars wird heutzutage dadurch geltend gemacht, daß der Erbe bei dem zuständigen Gerichte erklärt, er trete die Erbschaft nur „cum beneficio inventarii" an; worauf sodann der Richter die Errichtung des Inventars, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft überhaupt von Amtswegen besorgt [18]).

---

des Erblassers, welche Eingriffe in seine, des Erben, Rechte enthalten, insofern unbenommen, als er den Dritten, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, soweit die Kräfte des Nachlasses reichen, entschädigt.

13) C. 22 §. 9 eod.

14) C. 22 §. 4, 5, 7, 9 eod. Jedoch kann der hypothekarische Gläubiger, der, weil er zu spät kommt, seine Befriedigung nicht erlangt, seinen Regreß gegen die befriedigten, ihm nachstehenden (Pfand- oder Chirographar-) Gläubiger (unter welchen auch der Erbe selbst seyn kann — siehe Nr. 3) nehmen; ebenso jeder unbefriedigte Gläubiger gegen befriedigte Legatare. C. 22 §. 5, 6 eod. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 368 f.

15) C. 22 §. 6 eod.

16) C. 22 §. 5, 8 eod. Vorbehaltlich der in Note 14 bemerkten Regreßansprüche.

17) C. 22 §. 4 eod. In Ansehung der Vermächtnisse wird durch gesetzmäßige Inventarisirung der Anspruch auf Abzug der Quarta Falcidia gewahrt. §. 624 Nr. 4.

18) Mevius, Dec. P. V. dec. 145. Fratr. Becmannorum Cons. 16 Nr. 11. Zur Ausmittelung der Erbschaftsschulden pflegt eine Edictalladung zu ergehen, worauf, wenn sich die Ueberschuldung zeigt, Eröffnung des Concursverfahrens folgt.

## §. 573.

*b)* Durch Einschreiten der Gläubiger.

Trägt der Berufene Bedenken, die verschuldete Erbschaft anzutreten, wird aber von den Gläubigern selbst dazu veranlaßt, so haftet er nicht über den Bestand derselben [1]). Dabei ist, um die Antretung insolventer Erbschaften zu bewirken, verordnet, daß, wenn die Majorität der Gläubiger einen Nachlaß bewilligt, und die Obrigkeit diesen Beschluß bestätigt, auch die Uebrigen sich in gleichem Verhältniß dazu verstehen müssen [2]).

Hegen die Gläubiger des Erblassers [3]) Besorgniß, daß sie durch Zusammenwerfung der Erbschaft mit dem eigenen Vermögen des Erben beeinträchtigt werden, so können sie verlangen, daß der Nachlaß ihres Schuldners von dem Vermögen des Erben gesondert und vorzugsweise zu ihrer Befriedigung verwendet werde (jus separationis) [4]). Jeder einzelne Gläubiger hat das Recht, diese Absonderung zu verlangen [5]). Dieselbe muß innerhalb fünf Jahren, von Zeit der Erbschaftsantretung an, nachgesucht werden [6]). Ist dieselbe zuerkannt, so werden die Gläubiger des Erblassers, welche darauf angetragen haben [7]), vor den Gläubigern

---

1) Fr. 32 mandati (17, 1); fr. 4 pr. de doli mali exc. (44, 4).

2) Fr. 7 §. 19, fr. 8 de pactis (2, 14). Die Majorität wird zunächst nach der Größe der Summen, sodann nach der Zahl der Personen bestimmt, fr. 8, 9 eodem. Hypothekarische Gläubiger sind an den Nachlaß der Majorität nicht gebunden, fr. 10 pr. eodem. Die Frage, ob der Zwang der Majorität gegen die Minorität auch im Falle der Antretung mit der Wohlthat des Inventars stattfinde, wird von Mühlenbruch a. a. O. S. 377 f. bejaht. Vgl. indessen Gießener Zeitschrift VI. S. 226 f.

3) Auch den Legataren ist das jus separationis gegeben, um sich Befriedigung aus der Erbmasse vor den Gläubigern des Erben zu sichern. Fr. 6 pr. de separat. (42, 6). Vergl. übrigens Fritz im Archiv f. civ. Pr. XII, S. 226 f.

4) Fr. 1 pr. §. 1 eod. Vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 312.

5) Fr. 1 §. 16 eod. Hat Einer die Separation verlangt, so können die Andern entweder sich anschließen oder sich an den Erben halten, wo sie dann mit den Gläubigern desselben concurriren. S. unten Nr. 1.

6) Fr. 1 §. 13 eod.

7) Fr. 1 §. 16 eod.

des Erben, sollten diese gleich Vorzugsrechte vor jenen haben, aus der Erbschaft befriedigt [8]). Ergibt sich ein Rest, so wird er nach der allgemeinen Regel mit dem übrigen Vermögen des Erben vereinigt [9]). Reicht hingegen die Erbschaft nicht zu, so können die Gläubiger, welche die Absonderung verlangt haben, an das Vermögen des Erben keinen Anspruch machen [10]); ausgenommen

a) wenn sie wegen eines entschuldbaren Irrthums gegen die Absonderung restituirt werden, und die eigenen Gläubiger des Erben schon befriedigt sind [11]); oder wenn

b) die Erbschaft des Bürgen von dem Vermögen des ihn beerbenden Hauptschuldners gesondert wurde, und es die Bürgschaftsschuld ist, zu deren Befriedigung die gesonderte Erbschaft nicht hinreichte [12]).

Das Recht, die Absonderung zu verlangen, fällt weg:

1) wenn die Erbschaftsgläubiger den Erben als Schuldner angenommen haben, durch Eingehung einer Novation oder dadurch, daß sie sich Bürgen oder Pfänder von ihm bestellen ließen [13]); — durch Nehmen von Zinsen oder durch Belangung des Erben geht das Absonderungsrecht nicht verloren [14]);

2) wenn die Erbschaft von dem Erben in gutem Glauben veräußert [15]),

3) wenn eine Ausscheidung nicht mehr möglich ist [16]).

---

8) Fr. 1 §. 3 eod.

9) Fr. 1 §. 17 eod.

10) Fr. 1 §. 17, fr. 5 eod.

11) Vergleiche fr. 1 §. 17 mit fr. 3 §. 2 und fr. 5 eodem. Voet, Commentar. XLII, 6 §. 3. Lauterbach, Dissertationes de separat. cap. VI. §. 3. Sintenis, Civ.-R. §. 186 Note 6.

12) Fr. 3 §. 1 eod.

13) Fr. 1 §. 10, 11, 15 eod.

14) Fr. 7 eod.

15) Fr. 2 eod.

16) Fr. 1 §. 12 eod.

## §. 574.

### b) Transmission der Erbschaft[1]).

In der Regel kann ein Erbrecht nur von Demjenigen erworben werden, dem es deferirt wurde. Ausnahmsweise findet für andere Personen eine Succession in die Delation statt, bei welcher diese Delation nicht aufgehoben[2]), sondern auf einen Andern übertragen (transmittirt) wird. Wie dies zufolge der väterlichen Gewalt eintrete, ist oben §. 567[3]) vorgekommen. — In andern Fällen ist es der Erbe des Berufenen, welcher an dessen Stelle die deferirte Erbschaft erwerben kann[4]). Hierüber gelten als Abweichungen von der Regel, nach welcher eine nicht angetretene Erbschaft auf die Erbeserben nicht transmittirt wird[5]), folgende Sätze[6]):

1) Ist der Berufene Descendent des Erblassers und Testamentserbe[6a]), so transmittirt er, wenn er vor der Antretung stirbt,

---

1) Marezoll in der Gießener Zeitschrift II, S. 54 f. Vangerow im A. f. c. Pr. XXIV, S. 153 f.; XXV, S. 439 f. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLIII, S. 143.

2) Die in §. 556 Nr. 1 und 2 bezeichneten Successionsfälle bestehen in einer zweiten Delation, nachdem die Erfolglosigkeit der ersten entschieden ist.

3) Nämlich am Ende des ersten Absatzes.

4) War der Berufene suus heres, so fiel der Erwerb mit dem Anfall zusammen (§. 565). Hat derselbe den Erblasser nur einen Augenblick überlebt, so handelt es sich nicht mehr davon, daß der Erwerb zufolge Transmission erst durch die Erbeserben geschehe. C. 3 de jure delib. (6, 30). Gleichwohl wurde früher auch dieser Uebergang unter die Transmissionsfälle gestellt (s. g. transmissio ex jure suitatis).

5) C. 7 eod.; C. un. §. 5 de caduc. toll. (6, 51): „Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant, nec nos patimur." Vgl. §. 2 Inst. qu. mod. test. infirm. (2, 17).

6) Ueber fr. 53 pr. de adqu. her. vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 150 f. mit Puchta, Pand. §. 504 a. E. S. unten Note 10a.

6a) Vgl. Puchta, Pand. §. 503: „nach der Gestalt, welche dieser Transmissionsfall im justinianischen Recht angenommen hat, läßt sich die Ausdehnung auf die Intestaterbfolge wohl rechtfertigen." S. aber Mühlenbruch a. a. O. S. 215.

das Antretungsrecht auf seine Descendenten, nicht aber auf andere Erben (sog. transmissio Theodosiana)[7]).

2) Stirbt Derjenige, dem der Anfall geschah, während der ihm bewilligten Deliberationsfrist[7a]) oder innerhalb Jahresfrist von der Zeit an, da ihm der Anfall kund geworden, so können seine Erben innerhalb der Zeit, welche von der Deliberations- oder der Jahresfrist noch übrig ist, die Antretung nachtragen (sogen. transmissio Justinianea)[8]). Die Nachholung findet

3) statt, wenn der Antretung des Berufenen, so lange er lebte, ein rechtliches[9]), oder auch

4) ein die Restitution motivirendes factisches Hinderniß (§. 673, 674) im Wege stand (sog. transmissio ex capite restitutionis)[10]).

---

7) C. un. de his qui ante apertas tab. (6, 52) vergl. mit C. un. §. 5 de caduc. toll. Der Transmittent muß den Erblasser überlebt haben. Ob er vor oder nach Eröffnung des Testamentes gestorben, macht keinen Unterschied. Auf Descendenten, welche in Ansehung des Erblassers ab intestato nicht successionsfähig wären, wird nicht transmittirt; ebensowenig auf solche, welche nicht Erben des Berufenen geworden sind. Vgl. Vangerow im A. f. c. Pr. XXV, S. 439 f. Mühlenbruch a. a. O. S. 204 f. — S. auch Seufferts Archiv II, Nr. 311; V, Nr. 33.

7a) S. §. 568. Dies gilt auch von einer vom Erblasser bewilligten Deliberationsfrist. Hat der Testirer einen Termin zur Erklärung als Bedingung der Einsetzung angeordnet, so findet keine Transmission statt, wenn der Berufene innerhalb des Termines stirbt, ohne sich erklärt zu haben. Vgl. fr. 72 de adqu. her. Puchta, Pand. §. 504; Mühlenbruch a. a. O. S. 224.

8) Constit. 19 de jure delib. (6, 30). Von dem Falle, wenn der Berufene gestorben ist, ohne den Anfall erfahren zu haben, ist in der C. 19 nicht die Rede. Gleichwohl stellt Vangerow (A. f. civ. Pr. XXIV, Nr. 5) auch diesen Fall unter die Bestimmung Justinians in der Art, daß das annale spatium erst in der Person des Transmissars zu laufen beginnen soll. Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 219 f. — Vgl. Note 10. Für die Anwendung der C. 19 im Sinne Vangerows, jedoch unter Berechnung der Jahresfrist vom Anfalle an den Transmittenten — ein Erk. des O.-A.-G. zu München vom 8. April 1851. Bl. für R.-A. XVII, 123.

9) Fr. 3 §. 30, fr. 4 de SC. Silan. (29, 5); fr. 4 §. 3, fr. 5 de bon. poss. c. t. (37, 4); fr. 12 de Carbon. edicto (37, 10). Vergl. fr. 84 de adqu. her. (29, 2).

10) Fr. 30 pr., fr. 86 pr. de adqu. her. (29, 2). Hierher gehört insbesondere

In allen diesen Fällen[10a]) schließt der mittelst Transmission eintretende Erbeserbe jeden andern Nachfolger, auch den Substituten, aus[11]).

## §. 575.

### c) Usucapio pro herede[1]).

Wenn sich in der Erbschaft Sachen befinden, welche dem Erblasser nicht gehörten, und Letzterer hatte die Ersitzung derselben bereits begonnen, so kann diese nun von dem Erben, sofern er die Sache als eine zum Nachlasse gehörige besitzt, zufolge einer successio in usucapionem fortgesetzt und vollendet werden[2]). — War die Ersitzung vom Erblasser nicht begonnen, so gilt die Besitzergreifung kraft des Erbrechtes nicht als justus titulus[3]).

---

der Fall, wenn der Berufene wegen Abwesenheit den Anfall nicht erfahren, beziehungsweise die Antretung versäumt hat. — S. oben Note 8. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 157 f.

10a) Man pflegt noch die Bestimmung des fr. 53 pr. de adqu. her. anzureihen. Wenn der Erbe, welchem zwei Erbtheile (der eine unbedingt, der andere bedingt) hinterlassen sind, den ersten erworben, die Existenz der Bedingung für den zweiten aber nicht erlebt hat, so fällt auch dieser zweite an seine Erben, wenn die Bedingung existirt. — Von einer nachträglichen Antretung durch die Erben des Berufenen handelt es sich hier nicht.

11) Thibaut, Vers. I, Nr. 13. Mühlenbruch a. a. O. 237 f. vgl. mit Bd. 40 §. 1449.

1) Vgl. Vangerow, Bd. I. §. 320 S. 523.

2) Vgl. §. 12 Inst. de usucap. (2, 6); fr. 43 pr. de usurpat. (41, 3); fr. 2 §. 19 pro emtore (31, 4) mit cap. 20, X. de praescript. (2, 26). Ueber das Verhältniß der successio in usucapionem zur accessio possessionis (§. 138) s. Puchta, Vorl. zu §. 156 S. 309. Vergl. Vangerow, Bd. I. §. 320. Siehe auch oben §. 564 Nr. 1. War beim Erbschaftsantritt die Ersitzungszeit noch nicht abgelaufen, so gehört zur Vollendung der Ersitzung die Besitzergreifung des Erben, sofern nicht eine Mittelsperson detinirt. Fr. 6 §. 2 pro emtore vgl. mit fr. 30 §. 5 de adqu. poss. (41, 2).

3) Fr. 11 de divers. temp. praescr. (44, 3); C. 4 pro herede (7, 29); C. 4 de praescr. longi temporis (7, 33). Vergleiche fr. 3 pro herede (41, 5). Obiger Satz kommt insbesondere in dem Falle zur Anwendung, wenn der Erblasser fremde Sachen aus einem das Eigenthum nicht übertragenden

Eine Erwerbung des **Erbrechtes** durch Ersitzung findet ebensowenig statt, als es einen Besitz der Erbschaft, als eines Ganzen gibt[4]). Wenn indessen ein Nichterbe, welcher gerechten Grund hatte, sich für den Testaments- oder Intestaterben zu halten[5]), nach Antretung der Erbschaft in den Besitz der dazu gehörigen Sachen gekommen ist, so kann er hierauf eine Ersitzung der einzelnen Sachen gründen, welche ihn zwar nicht gegen die hereditatis petitio des wahren Erben schützt[6]), wohl aber dem Eigenthum dritter Personen, welchen einzelne in der Erbschaft befindliche Sachen gehörten, ein Ende macht[7]).

## §. 576.

### d) Rechtstitel des Erben.

### α) Hereditatis petitio.

#### a) Vorbemerkung.

Das Klagrecht des Erben, auf Anerkennung des durch die Erwerbung der Erbschaft begründeten Rechts der Repräsentation eines Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse gegen die dieses Recht irgendwie Beeinträchtigenden, heißt hereditatis

---

Titel (commodatum, depositum) in Händen hatte, und der Erbe nun diese sich factisch in der Erbschaft befindenden Sachen für Erbschaftssachen hält. C. 4 cit. Waren aber die Sachen, welche der Erbe als Erbschaftssachen besitzt, noch gar nicht in Händen des Erblassers, Jener hatte aber nach Beschaffenheit der Umstände guten Grund, sie für Erbschaftssachen zu halten, und sie als solche sich anzueignen, so kann die usucapio pro herede stattfinden. Vgl. fr. 3 cit.

4) Vergl. C. 7 de hered. pet. (3, 31); C. 4 in qu. caus. cess. longi temp. praescr. (7, 34).

5) Fr. 33 §. 1 de usurp. et usucap. (41, 3). Jedenfalls muß der Erblasser gestorben seyn. Fr. 1 pro herede (41, 5).

6) Vergl. fr. 29 de usurp. et usucap.; fr. 20 §. 6, fr. 28 de hered. pet. (5, 3); C. 7 de pet. hered. (3, 31); C. 4 in qu. causis cess. longi temp. praescr. (7, 34); C. 8 de jure delib. (6, 30); C. 2 de usuc. pro herede (7, 29). Nicht entgegen C. 2 quor. bon. (8, 2) und C. 3 in f. de edicto D. Hadr. toll. (6, 33). **Vangerow** a. a. O. Anmerk. 1 Nr. 2. **Arndts** Beiträge H. 1 S. 75 f.

7) Fr. 33 §. 1 de usurpat. (41, 3). Vergl. fragm. 5 §. 1 pro suo (41, 10).

petitio [1]). Die hereditatis petitio hat die Natur der dinglichen Klagen, und viele Aehnlichkeit mit der rei vindicatio [2]). Man pflegt sie, wenn der Kläger die Rescission eines ihm entgegenstehenden Testamentes verlangt, hereditatis pet. qualificata zu bezeichnen [3]).

### §. 577.

#### b) Von den Subjecten der Klage.

Kläger ist der Erbe [1]), entweder der Allein- oder ein Mit-Erbe (hereditatis petitio partiaria — §. 586); der directe oder der Fideicommißerbe (hereditatis petitio fideicommissaria) [2]). Auch der Käufer der Erbschaft kann sich dieser Klage (utiliter) bedienen [3]); nicht minder der Fiscus, insofern ihm Erbschaften als bona vacantia (§. 563) oder ereptoria (§. 597) zugefallen sind [3a]). Beklagter ist Jeder [4]), der die Erbschaft oder einen Theil derselben, oder einzelne dazu gehörige Sachen [5]) in der Eigenschaft als Erbe

---

1) Arndts im Rechtsl. Bd. 5 S. 207.

2) Vergl. fr. 8, 25 §. 18 de her. pet. (5, 3); fr. 19 in f. de inoff. testam. (5, 2); fr. 27 §. 3 de rei vind. (6, 1). — Eine Hauptdifferenz s. in fr. 20 §. 6, fr. 22 de her. pet. (5, 3).

3) Vgl. Glück, Comm. VII, S. 360, 489. Vangerow, Bd. 2 §. 478 Nr. 1.

1) Bei den prätorischen Erben hat die Klage den Zusatz: possessoria. Tit. Dig. de poss. her. pet. (5, 5). Vgl. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. R.-W. V, Nr. 1. Arndts, Beiträge S. 50 f.

2) Tit. Dig. de fideic. her. pet. (5, 6).

3) Fragm. 54 pr. de hered. petit. (5, 3) verglichen mit fr. 15 pr. de pactis (2, 14).

3a) Fr. 20 §. 6, 7, fr. 54 de her. pet.

4) S. Thibaut im A. f. c. Pr. VII, S. 224 f.

5) Daß sie dazu gehören, muß natürlich der Kläger beweisen. Thibaut a. a. O. S. 227. Uebrigens werden hier auch diejenigen Sachen als zur Erbschaft gehörig betrachtet, welche der Erblasser nur als Pfandgläubiger, Commodatar, Depositar besaß. Fr. 19 pr. de her. pet. (5, 3). Vergleiche Erk. des O.-A.-G. zu Cassel vom 5. Oct. 1842 (Strippelmanns Samml. VII, Seite 354): „Von einem Besitze zur Erbschaft oder zum Nachlasse gehöriger Sachen ist überall nicht die Rede, wenn entweder der Erblasser selbst schon die vom Verklagten besessenen Sachen veräußert oder

(pro herede) oder ohne allen Rechtsgrund (pro possessore) besitzt[6]). Außerdem findet die hereditatis petitio statt

1) gegen den Käufer der Erbschaft oder eines Theiles derselben (partis quotae)[7]);

2) gegen Jeden, welcher Erbschaftssachen als Erbe oder ohne Rechtsgrund früher besaß, und durch Veräußerung derselben ein Aequivalent in Geld oder andern Sachen erlangt[8]), oder sonst

---

der Erbe auf den Grund des zustehenden Erbrechtes solche sich bereits angeeignet und deren Besitz wieder verloren hat." S. indessen Vangerow, II, §. 505.

6) §. 3 Inst. de interdict. (4, 15); fr. 9—13, fr. 16 §. 4 de her. pet. (5, 3). Vangerow, Band II. §. 505. Deßwegen muß der Beklagte angeben, aus welchem Titel er besitze. Constit. 11 eodem (3, 31). Besitzt er auf dem Grunde eines speciellen Rechtstitels, z. B. als Käufer, so findet nicht die hered. pet. gegen ihn statt, sondern der Erbe muß die rei vindicatio gegen ihn anstellen. Const. 2, 7 eod. S. unten §. 582. Wer übrigens als Stellvertreter des possessor pro herede oder pro possessore detinirt, oder als dessen Erbe besitzt, kann mit der her. pet. in Anspruch genommen werden. Vergleiche fr. 13 §. 3, 11, 12 de hered. petit. Wer zufolge eines in den Gesetzen mißbilligten Titels oder geradezu durch Eigenmacht oder Unrecht besitzt, ist Besitzer pro possessore. Vergleiche fr. 11 §. 1, fr. 12, fr. 13 pr. §. 1, fr. 16 §. 4 mit fr. 13 §. 8 eodem. — Befindet sich der Nachlaß in der Verwahrung des Gerichtes oder eines Curators, so kann jeder der Erbschaftsprätendenten, dem zunächst an der Ausantwortung gelegen ist, gegen die anderen, sein (des Klägers) Erbrecht bestreitenden Prätendenten mit der Erbschaftsklage auftreten. Es wird so angesehen, als ob der Nachlaß Namens der Beklagten detinirt werde. — Geht der Erbschaftsklage eine possessorische Verhandlung (§. 583) voraus, so führt diese zur Bestimmung der Parteirollen. Vergleiche Seufferts Archiv I, Nummer 112, 265, 280. Blätter für Rechtsanwendung V, S. 257.

7) Fr. 13 §. 4, 8, 10 eod.

8) Fr. 16 §. 1 eod. Vgl. fr. 161 §. 5 eodem: „Sive pretium jam receperit, *sive petere possit*". Der Kläger kann in der Lage seyn, entweder den gegenwärtigen Besitzer oder Denjenigen in Anspruch zu nehmen, welcher als Erbe das Vermögen durch Kauf oder sonst gegen Vergeltung auf den jetzigen Besitzer übertragen hat. Vergleiche fr. 13 §. 4—7, fr. 16 §. 2 eodem.

einen Gewinn mit denselben gemacht[9]), oder in Bezug auf dieselben eine Forderung erworben hat[10]);

3) gegen Denjenigen, der als Erbe oder ohne Rechtsgrund Erbschaftsforderungen eingehoben hat[11]);

4) gegen den Schuldner des Erblassers, wenn er die Zahlung deßwegen verweigert, weil er Erbe zu seyn behauptet[12]);

5) gegen den fictus possessor, nämlich gegen Denjenigen, welcher sich

a) absichtlich, um der Klage zu entgehen, der Erbschaft oder Erbschaftssachen entäußert[13]), oder

b) in dem Bewußtseyn, nicht zu besitzen, den Besitz vorgespiegelt, und dadurch die Klage gegen sich auf betrügliche Weise veranlaßt hat[14]).

## §. 578.

### c) Gegenstand der Klage und Leistungen des Beklagten.

Die hereditatis petitio ist darauf gerichtet, daß der Kläger als Erbe anerkannt und Beklagter ihm, was er von dessen Erbschaft oder Erbtheil besitzt[1]) herauszugeben verurtheilt werde. — Siegt der Kläger ob, so muß der Beklagte mit den Erbschaftssachen[2]) auch deren Accessionen[3]), allen Gewinn, den er davon gezogen[4]), und nebstdem Das (s. jedoch unten Nr. 4—6) herausgeben, was er durch Veräußerungen aus der Erbschaft eingenom-

---

9) Fr. 20 §. 6, fr. 22, 28 eod.
10) Fr. 16 §. 4 eod.
11) Fr. 16 §. 1 eod.
12) Vgl. fr. 13 §. 15 eod. mit fr. 42 eod.
13) Vgl. fr. 25 §. 2, 8 eod., fr. 13 §. 14 eod.
14) Fr. 13 §. 13, fr. 45 eod.

1) Fr. 18 §. 2 eod.: „Nunc videamus, quae veniant in hereditatis petitione. Et placuit, universas res hereditatis in hoc judicium venire, sive jura, sive corpora.“ Vergleiche fr. 19 pr., fr. 23 §. 1, fr. 25 pr., fr. 40 §. 2 eodem.
2) Vgl. §. 577 Note 5.
3) Fr. 16 §. 1, 5, fr. 20 §. 3, fr. 45 §. 20, fr. 27 pr. eod. Vergl. fr. 16 §. 4, 5 eod.
4) Fr. 22 eod.

men hat (res succedit in locum pretii et pretium in locum rei; s. oben §. 62)[5]. Im Einzelnen bestimmt sich das Maß der dem Beklagten aufzulegenden Leistungen vorzüglich darnach, ob derselbe Besitzer in gutem oder in bösem Glauben ist[6].

Besondere Grundsätze sind:

1) Wegen Beschädigungen und zugegangener Verluste haftet hier der Beklagte in gleicher Weise, wie bei der Eigenthumsklage (§. 152 lit. a und b)[7], jedoch auch der unredliche Besitzer nicht für den Verlust an ausstehenden Capitalien[8].

2) Sind Erbschaftssachen verbraucht oder verzehrt, so ist der malae fidei possessor unbedingt zum Ersatze verbunden[9]; der bonae fidei possess. in Ansehung dessen, was er vor Erhebung des Processes consumirte, nur insofern, als er dadurch von seinem

---

5) Fr. 20 pr. §. 1 sequ. eod.

6) Vgl. fr. 20 §. 6, fr. 25 §. 2, 11, fr. 28 eod. Arndts im Rechtslexikon V, S. 223: „Der Besitzer in gutem Glauben soll von dem Erbschaftsbesitze, den er als vermeintlicher Erbe sich beigelegt, keinen bleibenden Vermögensvortheil dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht in Folge dessen einen positiven Schaden an seinem eigenen Vermögen erleiden; er soll daher dem Erben insoweit, aber auch nicht weiter, als er durch den Besitz der Erbschaft sich bereichert findet, zur Restitution verbindlich seyn; der unredliche Beklagte dagegen soll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, sondern Alles ersetzen, was dieser haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbschaftliche Vermögen unredlicher Weise wäre vorenthalten worden." — Die Nachtheile des bösen Glaubens treffen den Besitzer vom Zeitpunkte der Erkenntniß seines Unrechtes.

7) Vgl. fr. 20 §. 11, 17, 21, fr. 25 §. 2, 7, 11, fr. 31 §. 3, fr. 40 pr. eod. S. über die verschiedenen Meinungen Glück, Comm. VII, S. 556 f.; Dollmann in den Bl. f. R.-A. VI, 337 f.; Arndts a. a. O. S. 224 Note 100; Savigny, System Band VI. §. 274. — Nach der jetzt herrschenden Meinung wird auch für die her. pet. nicht adoptirt, was §. 152 (litera a und b) über die erschwerte Haftung des eigentlichen Prädo sagt.

8) Fr. 31 §. 4 eodem: „Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari, et pauperiores fieri, et non eos convenit: cum actionem non habuerit." S. jedoch unten Nr. 5.

9) Vgl. fr. 20 §. 6 eod. S. oben Note 6. Die Haftung erstreckt sich auf die in Folge des Verbrauches entbehrten Erträgnisse. Vgl. fr. 25 §. 3, fr. 51 §. 1 in f. eodem; C. 1 eodem (3, 31).

Vermögen etwas erspart hat [10]), in welcher Beziehung den Kläger die Beweislast trifft.

3) Von den Früchten muß jeder Besitzer die noch vorhandenen herausgeben [11]). In Ansehung der übrigen ist zu unterscheiden:

a) der Besitzer in gutem Glauben hat für die von ihm vor Erhebung des Processes veräußerten, verzehrten oder sonst verbrauchten Früchte nur insofern Vergütung zu leisten, als er dadurch noch jetzt bereichert ist [12]); dasselbe gilt von bezogenen Zinsen [13]). In Ansehung der nach erhobenem Processe geschehenen Consumtion, Veräußerung und dergl. haftet er, wie der malae fidei possessor [14]), welcher

b) nicht nur alle vor und nach Erhebung des Processes wirklich gezogenen Früchte vergüten, sondern auch für diejenigen Ersatz leisten muß, welche durch seine Schuld nicht gezogen wurden [15]). Nur hat er von Geldern, die er unbenützt liegen ließ, keine Zinsen zu entrichten [16]). Dagegen muß er die Früchte, welche, vor Erhebung des Processes bezogen, die Erbschaft vermehrten,

---

10) Vgl. fr. 25 §. 11 mit fr. 25 §. 16 eodem. Vergl. auch §. 12 und 15 desselben Fragmentes. Hat der b. f. poss. Erbschaftsgelder oder Sachen verschenkt oder verschwendet, so ist er (abgesehen von empfangenen Gegengeschenken) zu keinem Ersatze verbunden. Hat er im Vertrauen auf die ihm vermeintlich gehörende Erbschaft mehr ausgegeben, als er sonst zu thun pflegte, so ist diese Mehrausgabe ihm nicht zur Last zu schreiben. Uebrigens kann von den noch in seinen Händen befindlichen Erbschaftssachen aus dem Grunde, weil er in der falschen Meinung des ihm zustehenden Erbrechtes sein eigenes Vermögen durch Ausgaben oder Schuldenmachen stärker angegriffen hatte, keineswegs Etwas vorenthalten werden. Vgl. fr. 25 §. 12, 16 cit. Arndts a. a. O. S. 225 f.

11) §. 2 Inst. de offic. jud. (4, 17).

12) Vgl. fr. 20 §. 6, fr. 40 §. 1 de her. pet. (5, 3); C. 1 §. 1 eod. (3, 31) mit fr. 36 §. 4 eod. Der Käufer der Erbschaft braucht nicht einmal den gemachten Gewinn zu vergüten C. 2 eod. — Bei veräußerten Früchten bildet der Erlös den Betrag der Bereicherung, soweit nicht Beklagter die Verzehrung glaubhaft macht. Vgl. oben zu Note 10.

13) C. 1 §. 1 eod.

14) Vgl. fr. 20 §. 11, fr. 25 §. 7, C. 1 §. 1 eod.

15) §. 2 Inst. de offic. jud. (4, 17).

16) Fr. 20 §. 14 eod. Vgl. indessen Arndts a. a. O. S. 224.

sowie verzehrte Baarschaften und eincassirte Capitalien mit Zinsen vergüten[17]).

4) Hat der Besitzer Erbschaftssachen veräußert, so liegt ihm, wenn er in gutem Glauben war[18]), nur soviel zu vergüten ob, als er noch bereichert ist[19]). Von dem malae fidei possessor kann der Kläger entweder die Beischaffung der Sache mit Fruchtersatz (Nr. 3 lit. b) oder den Werth derselben mit Zinsen verlangen[20]).

5) Hat der Besitzer in gutem Glauben von Erbschaftsgeldern Capitalien angelegt, so ist er, wenn er nicht selbst die Erstattung des Betrages vorzieht, nur zur Uebertragung der Forderung verbunden[21]). Der malae fidei possessor muß in gleichem Falle nach Wahl des Klägers entweder den Betrag erstatten oder die Forderung übertragen.[22]).

6) Der Kläger kann auch die Herausgabe derjenigen Sachen verlangen, welche für die Erbschaft oder einzelne Bestandtheile derselben angeschafft wurden, zumal wenn die Anschaffung aus den Mitteln der Erbschaft geschah[23]). Hat der Beklagte die Anschaff-

17) Fr. 51 §. 1 eod. Arndts a. a. O.

18) Bei Veräußerungen nach Erhebung des Processes fällt (abgesehen von nothwendigen, mit Zustimmung des Richters vorgenommenen Veräußerungen — vgl. fr. 5 pr., fr. 53 eod.) dieser Vortheil des guten Glaubens weg. Vgl. auch C. 1 §. 1 de hered. petit., wonach von Erhebung des Processes an bezüglich der vorher (vom b. f. poss.) veräußerten Sachen Zinsen des Kaufgeldes in Rechnung kommen.

19) Fr. 25 §. 17 eodem. Vergleiche fr. 20 §. 17—19, fr. 23 pr., fr. 25 §. 1 eodem. — Das a. E. der Note 12 für veräußerte Früchte Bemerkte gilt auch von veräußerten Erbschaftssachen. Hier wie dort können noch Zinsen, wenn solche von dem Erlöse bezogen wurden, die Ersatzrechnung erhöhen.

20) Fr. 20 §. 2, 12, 21, fr. 33 §. 1, fr. 36 §. 3 eodem. Hat der Beklagte dieser Kategorie einen Preis erhalten, welcher den wahren Werth der Sache übersteigt, so kann der Kläger das Empfangene begehren; ist der Preis unter dem wahren Werthe geblieben, soviel, als dieser beträgt. Vergl. fr. 36 §. 3 eodem. Ueber den hier vorkommenden Schätzungseid vgl. fr. 20 §. 21 cit. mit fr. 25 §. 8, 10 und fr. 33 §. 1 eod. Arndts a. a. O. S. 225. S. auch unten §. 582.

21) Fr. 30 eod. Vergl. in Ansehung der Zinsen oben zu Note 13, 14.

22) Vgl. fr. 30 eod. In Betreff der Zinsen s. oben zu Note 15. Vergleiche Arndts a. a. O. Note 102.

23) Fr. 20 pr. §. 1 de her. pet.

ung aus Erbschaftsmitteln ohne Beziehung auf Erbschaftssachen für sich gemacht, so ist der Preis zu erstatten[24]).

## §. 579.

### *d)* Gegenforderungen des Beklagten.

Der Kläger muß dem Beklagten vergüten oder sich aufrechnen lassen:

1) was dieser an Erbschaftsgläubiger oder Legatare entrichtet[1]), deßgleichen

2) was er an die Erbschaft zu fordern hat. War jedoch der Besitzer in bösem Glauben, so kann er Forderungen ohne Klagbarkeit (oblig. naturales) nicht zur Aufrechnung bringen[2]).

3) Lasten und Verbindlichkeiten, welche der Beklagte wegen Erbschaftssachen übernommen hat, muß der Kläger ihm abnehmen[3]).

4) Hat der Beklagte aus eigenen Mitteln Anschaffungen für die Erbschaft oder Bestandtheile derselben gemacht, so ist der Kläger, wenn er die angeschaffte Sache bekömmt, die dafür gemachte Auslage zu ersetzen verbunden[4]).

5) Dem Besitzer in gutem Glauben sind alle Verwendungen zu vergüten, selbst wenn deren Erfolg nicht mehr besteht[5]). Aber

---

24) Fr. 20 §. 1 eod.

1) C. 5, fr. 17, 31 pr. eodem. Vergl. fr. 20 §. 18 eodem. Julianus libro sexto Digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere, *nec imputaturum, quod non debitum solvit.*" Die Erfüllung ungiltiger Vermächtnisse, welche aber der Beklagte für giltig zu halten gute Ursache hatte, kann dieser (wenn er in gutem Glauben war) in Aufrechnung bringen, und in solchem Falle der Kläger das Entrichtete von den Empfängern condiciren. Vgl. fr. 17 eodem; fr. 2—5 de cond. ind. (12, 6). Vgl. übrigens Vangerow, Band II. §. 508 S. 364 f. Arndts a. a. O. S. 231.

2) Fr. 31 §. 1, 2 de her. pet. (5, 3). C. 4 eodem (3, 31). Vergleiche auch C. 14 §. 2 de compens. (4, 31). Arndts a. a. O. S. 232.

3) Fr. 20 §. 20, fr. 40 §. 3 de her. pet.

4) Fr. 20 pr. eod.

5) Fr. 37—39 §. 1 eod. Natürlich gilt das nicht von Verwendungen auf Erzielung von Früchten, welche (Früchte) der Beklagte nicht vergütet. Fr. 36 §. 3 eodem.

auch der Besitzer in bösem Glauben[5a]) kann nebst den nothwendigen Verwendungen auch die nützlichen aufrechnen, sofern deren Erfolg noch fortdauert[6]). In Ansehung der blos zierenden, überhaupt der nicht aufzurechnenden Verwendungen hat er nur das Recht der Wegnahme[7]).

Dem Beklagten steht wegen seiner Gegenforderungen nicht nur die Einrede der Retention, sondern auch actio negotiorum gestorum zu[8]).

## §. 580.

### e) Beweis des Klägers.

Der Kläger hat im Läugnungsfalle den Tod des Erblassers[1]) und den Grund seines Erbrechtes[2]) zu beweisen; auch die besonderen Beziehungen des Beklagten zu gewissen Erbschaftssachen oder Rechten, wenn im gegebenen Falle die Erbschaftsklage auf solchen fußt (§. 577).

Wer als Testamentserbe klagt, hat das Daseyn eines giltigen Testamentes, durch welches er gerufen wird, darzuthun. — Bei schriftlichen Testamenten wird dieser Beweis durch Vorlage

---

5a) Daß in diesem Betreffe der redliche Besitzer von erhobenem Processe an dem m. f. p. gleichzuachten, beanstandet Dollmann (Bl. f. R.-A. VI, 349) im Hinblick auf die Worte des fr. 38 eodem: „de se queri debet, qui *sciens* in rem alienam impendit." Vgl. indessen oben §. 154 Note 11. S. auch Arndts a. a. O. S. 233 Note 149.

6) Fr. 38, 39 §. 1 eod.

7) Fr. 39 §. 1 eodem: „Potestas ei fiet tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt."

8) Vgl. fr. 33 in f. de cond. ind. (12, 6) und fr. 49 de neg. gest., fr. 50 §. 1 de hered. pet. (5, 3) und fr. 14 §. 11, fr. 32 pr. de relig. (11, 7). S. auch C. 12 §. 1 de her. pet. (3, 31).

1) Ueber den Beweis des präsumtiven Todes bei Verschollenen siehe oben §. 39.

2) Vergleiche Puchta, Pandekten §. 516 Note a: „Die Acquisition wird nur dadurch, daß der Beklagte die Nothwendigkeit ihres Erfolges innerhalb einer gewissen Zeit nachweist, ein Gegenstand des Beweises für den Kläger."

derselben geführt; so weit aber die Beobachtung der positiven[3]) Erfordernisse nicht aus der vorgelegten Urkunde erhellt, muß darüber besonderer Nachweis hinzukommen[4]). Wird die Aechtheit des vorgelegten schriftlichen Privattestamentes in Zweifel gezogen, so ist dieselbe zunächst durch Recognition der Siegel und Namensunterschriften von Seite der Testamentszeugen zu erproben. Sind einige Zeugen vorweggestorben, so genügt die Vernehmung der übrigen, und wenn nicht einmal mehr zwei oder gar keiner vorhanden sind, so ist es dem Kläger unbenommen, die Aechtheit der vorgelegten Urkunde durch andere Beweismittel, insbesondere durch Schriftvergleichung darzuthun[5]). Gründet der Kläger sein Erbrecht auf ein seiner Angabe nach verloren gegangenes Testament, so wird jeder Beweis zugelassen, durch den er Inhalt und gehörige Errichtung darzuthun vermag[6]).

Zum Beweise eines mündlichen Privattestamentes, sofern er nicht durch eine darüber aufgenommene Urkunde geliefert wird

---

3) Vgl. Seufferts Archiv I, Nr. 95 S. 104: „Daß gegen die für die Privattestamente ertheilten Vorschriften negativer Erfordernisse (z. B. daß die Zeugen nicht unfähig, daß die Einheit der Handlung nicht unterbrochen worden) gefehlt sey, muß stets Derjenige beweisen, welcher aus solchen Fehlern die Ungiltigkeit des Testamentes ableitet." Ebenso verhält es sich in Fällen der Anfechtung wegen Unfähigkeit des Testirers, wegen Uebergehung von Notherben, oder wegen Errichtung eines späteren Testamentes. Arndts im Rechtslexikon V, S. 217. — Vgl. oben §. 87 Abs. 2.

4) Seufferts Arch. a. a. O. S. 103 Nr. 8. Puchta (Vorl. zu §. 516) lehrt: „Die Solennitäten, welche nicht aus der Urkunde hervorgehen, z. B. unitas actus, werden vermuthet." Vgl. noch Bl. f. R.-A. Bd. 13 S. 220.

5) Vergleiche Nov. 73 cap. 7. Siehe auch Constit. 20 de fide instrument. (4, 21); fragm. 4—7 testament. quemadmodum aper. (29, 3). Arndts a. a. O.

6) Fr. 10 §. 2 eodem; fr. 1 §. 3 de his quae in testam. del. (28, 4) mit C. 2, 11 de testam. (6, 23) und fr. 1 §. 3 de bonorum poss. secundum tabulas (37, 11). Die Meinungen sind verschieden. Vgl. Pufendorf, Observationes I, 138. Puchta, Vorlesungen zu §. 516: „Wäre aber die Urkunde schon vor dem Tode des Testators vernichtet gewesen, so muß überdies bewiesen werden, daß sie ohne Wissen und Willen desselben untergegangen ist."

(§. 525), bedarf es der eidlichen Aussage sämmtlicher in erforderlicher Anzahl zugezogenen Testamentszeugen[7]).

Wird durch die Klage das Intestaterbrecht geltend gemacht, so liegt dem Kläger ob, seine Verwandtschaft mit dem Erblasser (oder einen anderen speciellen Grund), und wenn der Beklagte gleichfalls Verwandter ist, den Grund seines näheren (oder Mit-) Anspruches zu beweisen[8]). Dagegen kann ihm nicht zugemuthet werden, das Nichtvorhandenseyn eines giltigen Testamentes und von Miterben darzuthun[9]).

## §. 581.

### *f)* Verhältniß des Klägers und Beklagten zu dritten Personen.

Ueber das Verhältniß, in welchem der Kläger und Beklagte während des Processes zu dritten Personen in Ansehung einzelner Rechte und Verbindlichkeiten stehen, gelten folgende Grundsätze:

1) Sind demjenigen der streitenden Theile, welcher als Erbe eingesetzt ist, vom Erblasser Vermächtnisse aufgelegt, so ist er — gegen Caution — zur Berichtigung derselben verbunden[1]). — Ebenso ist

---

7) C. 32 de fideic. (6, 42): „ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur". Vgl. C. 31 de test. (6, 23): „et hoc post mortem testatoris jurati deponant". Glück im Comm. VII, S. 504 f., XXXV, S. 8 f.; Puchta, Pand. u. Vorl. §. 516; Arndts a. a. O. S. 218. — Im Nothfalle (z. B. durch Vorabsterben der anderen Zeugen herbeigeführt) halten die übereinstimmende Aussage von zweien derselben für genügend — Kreittmayr, Anm. z. bayer. L.-R. III, 2 §. 10; Hagemanns und Günthers Archiv II, S. 88 f.; Göschen, Vorl. V, S. 120.

8) Von Nachweisung der Verwandtschaft in Erbschaftsprocessen vergl. Bl. f. R.-A. V, S. 260 f. Siehe auch ebend. VIII, S. 161 f. und Seufferts Archiv I, Nr. 258.

9) Vgl. Linde in der Gießener Zeitschrift I, S. 160 f.

1) C. 12 pr. de hered. pet. (3, 31): „Quod si non obtinuerit ejus (heredis) jura, restituit legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus (3 %), vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus; scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis et utilibus deductis: vel, si ipse maluerit litem quidem contestari, exspectare autem hereditatis eventum, hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competeret, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat." Vgl. noch fr. 4 §. 1, 3 si cui plus (35, 3).

2) der Besitzer ermächtigt und verbunden, Sachen, welche der Erblasser von dritten Personen, z. B. zufolge Depositums, Commodats und dergleichen, in Händen hatte, an letztere zurückzustellen[2]).

3) Die Gläubiger der Erbschaft können sich während des Processes sowohl an den Beklagten als an den Kläger halten, und diese haben sich sodann nach erfolgter Entscheidung des Erbschaftsstreites zu berechnen[3]).

4) Klagstellung bezüglich einzelner erbschaftlicher Rechte findet von Seite beider Parteien statt[4]). Im Falle solcher Klagstellung von Seite beider Prätendenten wird der dinglich verklagte Besitzer durch Herausgabe der Sache an den zuerst obsiegenden von dem Anspruche des anderen frei, und der doppelt verklagte Schuldner braucht an den zuerst obsiegenden nur gegen Sicherstellung zu zahlen[4a]).

5) Wird der Streit über die Erbschaft dadurch beigelegt, daß sich die Parteien in dieselben theilen, so gelten sie im Verhältnisse zu Erbschaftsgläubigern nach Maßgabe des Vergleiches als Mit-

---

Arndts im Rechtslexikon V, S. 235, welcher für den Fall, wenn die Giltigkeit des Vermächtnisses von dem Ausgange des Erbschaftsstreites nicht abhängig ist, die Befugniß des Legatars zur Klagestellung gegen beide Prätendenten, jedoch unter Verbindlichkeit zur Sicherstellung des zahlenden, annimmt. Vgl. auch Puchta, Vorlesungen zu §. 518.

2) C. 12 §. 1 eodem. Vindicationen in Bezug auf Sachen, die sich in der Erbschaft befinden, werden natürlich gegen den Besitzer erhoben.

3) C. 12 §. 1 eodem. Ueber eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus vergl. fr. 35 de jure fisci (49, 14).

4) Fr. 49 de hered. pet. Vergleiche hierüber Sintenis, Civ.-R. §. 192 Note 21 mit §. 191 Note 16; Arndts im Rechtslexikon V, S. 237 f.; Vangerow, Bd. II. §. 508 S. 362 f. Siehe auch §. 582 zu Note 3. — In Ansehung des Fortganges und Erfolges solcher Klagen kommen die processualischen Grundsätze über Präjudicialsachen, Sachlegitimation und Hauptintervention zur Anwendung. S. darüber Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht (1844) §. 62 S. 507 verglichen mit §. 31.

4a) Vgl. Sintenis a. a. O. Bd. III. S. 586 f. Der Proceßführung mit zwei Prätendenten kann der verklagte Schuldner durch Deponirung entgehen. S. §. 250 Note 3.

erben[5]), die Legatare halten sich aber immerhin an Denjenigen, der vom Erblasser mit dem Vermächtnisse beschwert ist[6]).

### §. 582.

β) Rechtsmittel des Erben in Bezug auf einzelne zur Erbschaft gehörige Rechte.

Die einzelnen Rechte, welche durch die Erbfolge auf den Erben übergingen, werden nicht mit der allgemeinen Erbschaftsklage, sondern mit den einzelnen, diesen Rechten entsprechenden Klagen geltend gemacht[1]) (s. jedoch §. 577 Nr. 2—4). — So klagt der Erbe gegen einen dritten Besitzer von Erbschaftssachen, der einen besonderen Rechtsgrund seines Besitzes anführt, nicht mit der hered. petitio, sondern mit der rei vindicatio[2]). Diese Vindication fällt aber weg, wenn der Dritte die Sache von einem bonae fidei possessor der Erbschaft erwarb, und gegen diesen — im Falle der Eviction von Seite des Erben — auf Schadloshaltung klagen könnte[3]). Ebenso verhält es sich mit der Forderungsklage des Erben gegen einen Erbschaftsschuldner, welcher an den redlichen Erbschaftsbesitzer gezahlt hat[4]), insofern dieser nicht durch die empfangene Summe bereichert ist[5]). Was dem Erben vom Erb-

---

5) Fr. 14 de transact. (2, 15). Ueber die verschiedenen Meinungen vergleiche Vangerow, Bd. II. §. 457 S. 194 f.

6) Fr. 3 pr. eod.

1) Fr. 42 de her. pet. (5, 3). Vgl. §. 577 Note 5.

2) C. 7 de her. pet. (3, 31); Constit. 4 in qu. causis cess. l. t. pr. (7, 34). Daß der Erbe vom fictus possessor (qui dolo desiit possidere) bereits vollen Ersatz erlangt hatte, steht dieser Klage nicht im Wege. Fr. 13 §. 14, fr. 25 §. 8 de her. pet.; fr. 95 §. 9 de solut. (46, 3). Auf der anderen Seite kann der Erbe den Werth der ihm vom dritten Besitzer herausgegebenen einzelnen Erbschaftssachen dem Erbschaftsbeklagten keineswegs in Rechnung bringen. Vgl. oben §. 578 Nr. 4.

3) Fr. 25 §. 17 de her. pet. (5, 3).

4) Im Allgemeinen wird ein Erbschaftsschuldner durch Zahlung an den die Erbschaft besitzenden Nichterben, also durch Zahlung an eine unrechte Person, keineswegs befreit.

5) In diesem Falle mangelnder Bereicherung würde der redliche Besitzer durch die condictio indebiti des Erbschaftsschuldners, wenn dieser an den Erben

schaftsbesitzer an eincassirten Erbschaftsforderungen vergütet wurde, kann er von dem durch diese Vergütung befreiten Schuldner nicht noch einmal fordern[6]).

## §. 583.

### γ) Possessorische Erbschaftsklagen.

Zur schleunigen Erlangung des Besitzes der Erbschaftssachen dient

1) das interdictum quorum bonorum[1]). Dieses remedium adipiscendae possessionis steht dem Erben[2]) gegen Jeden zu, welcher der hereditatis petitio unterworfen ist[3]). Es setzt voraus, daß der Kläger sein Erbrecht durch summarische Bescheinigung wahrscheinlich macht, und ist nicht auf Anerkennung des Erbrechtes selbst, sondern nur auf Einsetzung in den Besitz der Erbschaftssachen (s. Note 8) gerichtet. Mit Einreden, für welche kein schleuniger Beweis zur Hand ist (exceptiones altioris indaginis), wird der Beklagte in diesem Verfahren nicht gehört, sondern zur besonderen Ausführung verwiesen[3a]). Dem Unterliegenden bleibt die

---

noch einmal zahlen müßte und nun seinen Regreß an den früheren Empfänger nähme, in Schaden kommen, was zufolge des oben §. 578 Note 6 erwähnten Grundsatzes vermieden werden soll. Arndts a. a. O. S. 230.

6) Vgl. fr. 25 §. 11, 17, fr. 31 §. 5 de her. pet.

1) Tit. Dig. quorum bonorum (43, 2). Tit. Cod. eod. (8, 2). Savigny in der Zeitschrift f. gesch. R.-W. V, Nr. 1 und VI, Nr. 3. (Vermischte Schriften Bd. II. Nr. 17). Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 509 S. 369 f.; Bayer, Theorie der summar. Processe §. 71; Seufferts Archiv III, Nr. 279.

2) C. 1 eod.

3) Fr. 1, C. 2 eod. S. aber fr. 2 eodem: „Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores." Vergl. Puchta, Vorl. zu §. 519. Es bedarf aber der überhaupt in den Nachlaß (in bona) Eingewiesene keiner besonderen Einweisung in Ansehung der Erbschaftsschuldner. Vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 280.

3a) Dies gilt insbesondere von der Behauptung des Beklagten, daß ihm ein besseres Erbrecht zustehe. Bayer a. a. O. S. 178. Hat der Kläger eine nähere Verwandtschaft wahrscheinlich gemacht, der Beklagte eine ent-

Anstellung der petitorischen Erbschaftsklage vorbehalten[4]. — Specieller ist

2) das remedium ex L. ult. C. de edicto D. Hadriani tollendo[5]. Dieses steht dem Testamentserben[6] zu, welcher zur Begründung seines Anspruches ein schriftliches, mit einem sichtbaren (d. h. aus der bloßen Ansicht erkennbaren) Fehler[6a] nicht behaftetes Testament vorlegt[7]. Es ist, wie das interdictum quorum

---

fernere zur Gewißheit gebracht, so gebührt der Sieg (mit dem interdict. quorum bonorum) dem Ersteren. Blätter für Rechtsanwendung V, 259.

4) Fr. Becmannorum Consilia P. I. Nr. 25. Savigny a. a. O. S. 25. Vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 77; III, Nr. 281. Ueber das Verhältniß des interdictum quorum bonorum zu der heutzutage üblichen obrigkeitlichen Verlassenschaftsbehandlung — siehe Bl. f. R.-A. a. a. O. S. 257 f.

5) Const. 3 de edicto D. Hadriani tollendo (6, 33). Runde, Beiträge zur Erl. rechtlicher Gegenstände. Theil 2 Nr. 3. v. Löhr in der Gießener Zeitschrift VI, Nr. 9. Kind, quaest. for. edit. II. Tom. I. cap. 51. Vgl. Vangerow, Bd. 2 §. 510 S. 377.

6) Nicht dem Fideicommißerben. von Löhr a. a. O. Ebensowenig dem heres in re certa. Seufferts Archiv III, Nr. 286; auch nicht dem Erbeserben; wohl aber bei gerichtsnotorischem oder sofort urkundlich bewiesenem Eintritte des Substitutionsfalles der Substitut. Arg. C. 1 eod. Kreittmayr, Anm. z. bayer. L.-R. III, 1 §. 10 Nr. 3.

6a) Seufferts Archiv III, Nr. 282. — Das O.-A.-G. zu Cassel hat den Grundsatz aufgestellt: „vitium visibile est, quod in continenti probari potest“, und unter dieser Voraussetzung auch innere Testamentsmängel, z. B. der testamentifactio, berücksichtigt. Ebend. Nr. 283. Gegen die gemeine Meinung (v. Löhr a. a. O. S. 332; Bayer a. a. O. §. 70; Vangerow a. a. O.; Seufferts Archiv II, Nr. 75, 4), welche hier die Berücksichtigung innerer Mängel ausschließt, fallen allerdings die allgemeinen Worte der C. 3 ins Gewicht, nach welchen der Contradictor obsiegen soll, „qui potiora ex legitimis modis jura ostenderit“. S. auch Puchta, Pand. §. 520.

7) C. 3 cit.: „Siquis ex asse vel ex parte institutus competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suae formae parte vitiatum, sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit: mittatur in possessionem earum rerum, quae testatoris mortis tempore fuerunt.“ Auf unregelmäßige Testamente mit keinen oder weniger Zeugen findet das Rechtsmittel aus der C. 3 keine Anwendung, wohl aber auf

bonorum, auf einstweilige Einsetzung in den Besitz der Erbschaftssachen gerichtet[8]), wider den Besitzer, sofern diesem nicht ein singulärer Titel zur Seite steht[9]), überhaupt gegen Jeden, der gegen die Einweisung Einspruch erhebt[10]). Exceptiones altioris indaginis sind bei Verhandlung desselben nicht zulässig[11]), und dem Unterliegenden bleibt die petitorische Ausführung seines besseren Rechtes vorbehalten[12]).

## §. 584.

### e) Von Veräußerung der Erbschaft[1]).

Die Veräußerung der Erbschaft eines noch lebenden Dritten ist nichtig[2]). Hat jedoch dieser seine Zustimmung erklärt, so ist

---

äußerlich tadelfreie öffentliche Testamente; auch (nach einem Erk. des O.-A.-G. zu München in Seufferts Archiv II, Nr. 75) im Falle eines äußerlich fehlerfreien testamentum nuncupativum in scripturam redactum.

8) C. 3 cit.: „quae testatoris mortis tempore fuerunt . . ." Vergl. §. 577 Note 5. In der Praxis pflegt die fragliche missio als Einsetzung in den „Besitz der Verlassenschaft" aufgefaßt zu werden, durch welche der Eingesetzte auch die Activpapiere überkömmt und zur Geltendmachung der Erbschaftsforderungen legitimirt wird. Vgl. Bayer. L.-R. III, 1 §. 10: „in die Possession der Verlassenschaft". Siehe oben Note 3. — Vergl. indessen Seufferts Archiv III, Nr. 284.

9) C. 3 cit.: „non autem legitimo modo ab alio detinentur". Vangerow a. a. O. Vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 285.

10) Ebend. II, Nr. 75, 2). — Steht dem Imploranten ein Contradictor nicht gegenüber, so erfolgt die Einweisung im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Seufferts Comment. über die bayer. G.-O. I, S. 119.

11) Vgl. Note 9. Was die Einrede der Verjährung betrifft, so kommen die allgemeinen Regeln über Klagenverjährung zur Anwendung.

12) Daß die vorliegende letztwillige Anordnung bereits als nichtig angefochten, steht dem Gebrauche dieser Rechtsmittel nicht im Wege. Die Unvermögenheit des Imploranten ist kein Hinderniß der Immission. Seufferts Archiv II, Nr. 75, 3) u. 5). Vgl. Bl. f. R.-A. X, 234.

1) Glück im Comm. XVI, §. 1013 f.

2) Fr. 1, 7 de her. vend. (18, 4). C. 30 de pact. (2, 3). Seufferts Arch. II, Nr. 313. Betrifft die Veräußerung die Erbschaft eines unbestimmten Dritten (si qua justa hereditas obvenerit), so ist sie giltig. Fr. 3 §. 2 pro socio (17, 2). Vgl. auch fr. 10—13 de her. vel act. vend. (18, 4) und Note 2a. —

zwar nicht er verbunden, dem Promittenten seine Erbschaft zukommen zu lassen[2a]); wenn sie aber demselben wirklich zufällt, so hat die Veräußerung rechtliche Kraft[3]).

Ueber den Verkauf[4]) einer bereits erworbenen Erbschaft gelten folgende Grundsätze:

1) Der Verkäufer ist verbunden, Alles, was er in der Erbschaft oder durch dieselbe erworben hat und erwirbt, an den Käufer abzuliefern und zu übertragen[5]). Den später anwachsenden Erbtheil eines wegfallenden Miterben kann der Käufer der Regel nach[6]) nicht in Anspruch nehmen[7]); ebensowenig den Nachlaß des

---

Daß Verträge der Präsumtiverben über das Vermögen von Verschollenen und dispositionsunfähigen Personen heutzutage für giltig zu achten, wurde vom Obertribunal zu Stuttgart angenommen. Seufferts Archiv I, Nr. 252. Vgl. auch Eichhorn, D. Priv.-R. §. 341.

2a) Sofern nicht in seiner Consenserklärung die Eingehung eines deutschrechtlich giltigen Erbvertrages (§. 520) vorliegt.

3) C. 30 de pactis (2, 3). Vergl. Savigny, System IV, S. 141. Der Promittent ist nun zur Antretung und zur Vertragserfüllung nach den dargelegten Grundsätzen verbunden; was auch für die giltige Veräußerung der Erbschaften von unbestimmten Dritten (Note 2) gilt. — Wenn Auswanderer nach einem anderen Welttheile Erbschaften oder Erbtheile, welche ihnen künftig anfallen mögen, an Zurückbleibende veräußern, so müssen diese bei Geltendmachung des überlassenen Erbrechtes den Nachweis beibringen, daß der Auswanderer den Erblasser überlebt, Kenntniß von dem Anfalle erhalten, und darauf sich für die Antretung erklärt habe (§. 516b, 566, 580). Erk. des O.-A.-G. zu München vom 17. Novbr. 1848 Nr. 1303 46/47.

4) Die Gesetze behandeln bloß den Fall des Verkaufes. Doch unterliegt es keinem Zweifel, daß die nun folgenden Grundsätze auch bei andern Arten von Veräußerungen Anwendung finden. Vergl. Mühlenbruch, Pand. §. 710.

5) Fr. 2 pr. §. 1, 3, 4, 5, 10, 12, 14, fr. 25 eodem. Vergl. indessen fr. 2 §. 7: „quod non debitum exegerit, retinere heredem". S. auch fr. 21 eodem.

6) Es handelt sich hier von einer quaestio facti, welche nach dem id quod actum est inter contrahentes zu beurtheilen ist.

7) Glück im Comm. a. a. O. S. 331—466. C. Cucumus, Diss. de jure accrescendi cui competat post vendit. hered. Wirceb. 1818. Klüpfel im A. f. c. Pr. III, Nr. 11. S. dagegen Vangerow, Bd. II. §. 494 S. 329 Nr. 6.

Unmündigen, welcher dem Verkäufer zufolge Pupillarsubstitution späterhin anfällt[8]). Wegen Eviction einzelner Erbschaftssachen haftet der Verkäufer nicht[9]), wohl aber, wenn er nicht Erbe war, und daher das Ganze, oder auch, wenn eine pars quota des Ganzen evincirt wird[10]). Nach Abschluß des Vertrages ist er für jedes Versehen verantwortlich[10a]); für Schäden und Erwerbsversäumungen, die sich schon vorher ereigneten, nur insofern, als ihn dabei der Vorwurf des Dolus oder grober Nachlässigkeit trifft und der Käufer (beim Kaufsabschluß) nicht davon unterrichtet war[11]).

2) Der Käufer muß die Erbschaft, so wie sie beschaffen ist, mithin auch die darauf haftenden Lasten übernehmen, und dem Verkäufer alle der Erbschaft wegen gemachten Verwendungen, Zahlungen und erlittenen Verluste erstatten[11a]).

3) Die Gläubiger der Erbschaft, so wie die Legatare halten sich nach wie vor an den Verkäufer[11b]), dem jedoch der Käufer die gehabten Auslagen erstatten muß[12]). Nur wenn der Fiscus eine Erbschaft verkauft hat, müssen Gläubiger und Legatare ihre Befriedigung vom Käufer suchen[13]), und nebstdem wird der Verkäufer frei, wenn die Gläubiger gegen den Käufer geklagt, und dieser sich auf die Klage eingelassen hat[14]).

---

8) Fr. 2 §. 2 eod.

9) Fr. 2 pr. eod. Vgl. C. 1 de evict. (8, 45).

10) Fr. 8, 9, 13 de her. vel act. vend. (18, 4).

10a) Ueber Veräußerungen aus der verkauften Erbschaft (welche den Verkäufer zur Erstattung des Interesse verpflichten) vgl. C. 6 de her. vend. (4, 39). In Ansehung der dem Erbschaftsverkaufe vorgängigen Veräußerungen s. oben zu Note 5 und fr. 2 §. 3 cit.: „sed et rerum ante *donatarum* pretia praestari, aequitatis ratio exigit"; sofern nicht die besonderen Umstände des einzelnen Falles ein Anderes mit sich bringen.

11) Vgl. fr. 2 §. 5, 7, fr. 3 eod. Göschen, Vorles. V, S. 432.

11a) Vergl. fr. 2 §. 7 („et quod *non debitum* solverit, non reputare"), 9, 10, 11, 16, 17, 20, fr. 18, 14 eodem; C. 2 eodem (4, 39); C. 2 de legatis (6, 37). Ueber Verwendungen nach Eingehung des Vertrages s. §. 323 zu Note 6.

11b) Dieser hört nicht auf Erbe zu seyn. Vergl. fr. 88 in f. de hered. inst. (28, 5); C. 6 cit.

12) C. 2 de her. vend. (4, 39).

13) C. 1 eod.

14) C. 2 de pactis (2, 3).

4) In Ansehung der in der Erbschaft befindlichen Forderungen kommen die Grundsätze in Anwendung, welche von der Cession der Forderungen überhaupt gelten [15]).

5) Sind Rechte des Verkäufers in Folge des Erwerbes der Erbschaft durch Confusion erloschen, so leben sie nun in der Art wieder auf, daß bei Forderungen gegen den Käufer als Schuldner auf Erfüllung, und bei erloschenen Servituten gegen denselben auf Wiederherstellung geklagt werden kann [16]).

§. 585.

2) Von dem Einflusse des Daseyns mehrerer Erben.

a) Von dem Verhältniß der Miterben zu dritten Personen.

Sind mehrere Personen zur Erbfolge berufen, so tritt der einzelne Miterbe in die Rechtsverhältnisse des Verstorbenen nur nach Verhältniß seines Erbtheiles ein [1]). Nach diesem Verhältniß theilt sich unter den Miterben insbesondere jede Forderung [1a]) und

---

15) Vgl. übrigens fr. 16 de pactis (2, 14); fr. 2 §. 3, 8, fr. 14 §. 1, C. 4, 5 de her. vend.; fr. 54 pr. de her. pet. (5, 3). Daß auch die heredit. petitio vom Erbschaftskäufer utiliter angestellt werden könne, siehe oben §. 577.

16) Fr. 2 §. 18, 19 de heredit. vel act. vend. (18, 4); fr. 9 comm. praed. (8, 4).

1) Vergl. fr. 1 pr., fr. 20 §. 4 fam. erc. (10, 2). Auch die durch den Erbschaftserwerb bewirkte Confusion (§. 571 zu Note 5) tritt nur antheilweise ein; der Erbe, welcher gegen den Erblasser eine Forderung oder Schuld hatte, bleibt Gläubiger oder Schuldner der Miterben nach Verhältniß ihrer Erbtheile. Fr. 50 de fidejuss. (46, 1). Vgl. indessen in Betreff untheilbarer Rechtsverhältnisse — fr. 25 §. 9, 10 fam. erc.; fr. 2, 85 de verb. obl. (45, 1); fr. 17 de servit. (8, 1); fr. 30 §. 1 de servit. praed. urb. (8, 2); fr. 27 de praed. rust. (8, 3).

1a) C. 1 si unus ex plur. hered. (8, 32): „Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII. tabularum dividi, *pignus vero in solidum unicuique teneri*". Vergl. C. 6 fam. erc. (3, 36) und fr. 3, 25 §. 1 eodem (10, 2). S. auch Seufferts Archiv I, Nr. 101.

jede Schuld des Erblassers[2]). — Indessen kann sowohl die Beschaffenheit des Gegenstandes[3]), als auch die Verfügung des Erblassers eine Verpflichtung der einzelnen Erben in solidum begründen[4]). Bestimmungen des Erblassers über die Beiträge der einzelnen Miterben zu den Schulden, so wie Verabredungen, welche die Miterben darüber unter sich treffen, sind für die Gläubiger nicht verbindlich, vielmehr bleibt es diesen unbenommen, jeden Miterben nach Verhältniß seines Erbtheiles zu belangen[5]). Vergl. übrigens §. 591.

---

2) Fr. 25 §. 13 fam. erc.; C. 2 de hered. act. (4, 16). S. aber C. 1 de luit. pign. (8, 31): „Qui pro parte heres extitit, nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest.“ Der Umstand, daß von dem einen oder anderen Miterben nichts mehr zu erlangen ist, berechtigt den Gläubiger nicht, deren Schuldantheile den übrigen, soweit dieselben aus der Erbschaft bereichert, aufzubürden.

3) Fr. 17 de servit. (8, 1). Siehe auch fr. 25 §. 9, 14 fam. erc. (10, 2); fr. 3 de aliment. leg. (34, 1); fr. 5 §. 3, fr. 72 pr., fr. 85 §. 6 de verb. obl. (45, 1); C. 1, 2 de luit. pign. (8, 31); C. 1, 2 si unus ex pluribus (8, 32).

4) Hierin kann ein wirksames legatum debiti (§. 635) liegen. Eine Bestimmung des Erblassers, welche die Zahlung der Schulden Einem oder Einigen der Miterben aufbürdet, verpflichtet die Belasteten gegen die andern Miterben, berechtigt aber die Gläubiger nicht, jene in solidum zu belangen. Fr. 69 §. 2 de legatis I. (30). — Ist der Erblasser mit anderen Schuldnern solidarisch verhaftet gewesen, so haben die Erben zwar dieselbe Verpflichtung, haften also für den ganzen Belauf der Schuld; jeder von ihnen aber nur nach Verhältniß seines Erbtheiles. Vgl. fr. 14 de instit. act. (14, 3). Schweppe, R. P.-R. §. 850.

5) Vergl. fragm. 3 pr. de transactionibus (2, 15); fragm. 3 in fine familiae erciscundae (10, 2); fragm. 69 §. 2 de legatis I. (30); Constit. 25, 26 de pactis (2, 3). Auch eine vom Erblasser selbst vollzogene ungleiche Vertheilung der Erbschaft hindert die Gläubiger nicht, jeden Miterben nach Verhältniß seines Erbtheiles zu belangen. Fragm. 20 §. 3 familiae erciscundae. Ueber den Fall, wenn der Erblasser gewisse Forderungen einzelnen Erben zugewiesen hat, — vergl. Constit. 1 de except. (8, 36).

## §. 586.

### b) Hereditatis petitio partiaria.

Zur Geltendmachung des Miterbrechtes dient die hereditatis petitio *partiaria*, indem die Eigenschaft dieser Klage, als partiaria, nicht durch partiellen Besitz des Beklagten, sondern durch das partielle Recht des Klägers bestimmt wird [1]). Befindet sich die Erbschaft in den Händen mehrerer Personen, so muß der heres pro parte jeden einzelnen Besitzer nach Verhältniß seines Besitzes belangen [2]). Ist jedoch einer oder der andere der Besitzer gleichfalls Miterbe, und besitzt nicht mehr als ihm gebührt, so findet die Klage nicht gegen ihn, sondern nur gegen die übrigen statt [3]).

Kann die Zahl der Miterben durch den Ausgang einer Schwangerschaft (§§. 37, 533) noch vermehrt werden, so ist der Fall gegeben, wo eine Klage auf einen noch ungewissen Theil der Erbschaft Platz greift [4]).

## §. 587.

### c) Von der Collation [1]).

#### α) Begriff und Subjecte.

Wenn mehrere Descendenten ihre Ascendenten beerben, so sind sie sich gegenseitig zur Collation verpflichtet, d. h. sie müssen

---

1) Fr. 1 §. 1 si pars her. pet. (5, 4).

2) Fr. 1 §. 2 eod.

3) Vgl. fr. 1 §. 3, 4, fr. 7, 8 eod. Vgl. hierüber Arndts im Rechtslex. V, S. 214 f.

4) Fr. 1 §. 5 eod.

1) C. Pfitzer, über die Collation der Descendenten 1807 (vergl. Heidelberger Jahrbücher 1808 Abth. II. S. 105—121). Francke, civ. Abh. (1826) Nr. 4. Fein, das Recht der Collation 1842. v. d. Pfordten in den krit. Jahrb. VIII, Seite 865 f. Vergl. Vangerow, Bd. II. §. 515, 516. — Nach älterem Rechte war Gegenstand der Collation jeder von dem emancipatus gemachte Erwerb, den er, wenn er suus geblieben wäre, dem Vater gemacht hätte. Gleichstellung zwischen den durch ihren Erwerb das väterliche Vermögen und daher auch die Erbschaft mehrenden suis und den für sich erwerbenden Emancipirten war der Grundgedanke

in die gemeinschaftliche Erbschaft einwerfen oder sich auf ihren Erbtheil anrechnen lassen, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten erhalten haben (vergl. §. 588).

Die Collation findet sowohl bei der Testaments- als bei der Intestaterbfolge statt[2]), aber immer nur unter den (zur gesetzlichen Erbfolge fähigen) Descendenten des Erblassers[3]). Daß die erbenden Descendenten von verschiedenen Graden sind, steht der Collation nicht im Wege. Entferntere Descendenten müssen nicht nur conferiren, was sie selbst unmittelbar empfangen haben, sondern auch, was Demjenigen, an dessen Stelle sie zur Erbfolge gerufen sind, zu conferiren obgelegen hätte, sofern nämlich der Gegenstand durch Beerbung der Mittelsperson in ihr Vermögen gekommen ist[4]).

Gerade dieselben Personen, welche zur Collation verpflichtet sind, sind auch berechtigt, Collation zu verlangen; nur ihnen kömmt eine geschehene Collation zu Gute[4a]). Die Collationspflicht eines zunächst Berufenen geht zwar auf Denjenigen über, der als Erbe (etwa transmissionsweise) an dessen Stelle tritt, nicht aber auf die als Substituten oder durch das Anwachsungsrecht Eintretenden[4b]).

---

jener früheren Gestaltung des Instituts. Die Collation des neuesten Rechtes fußt auf der Erwägung: In der Regel ist nicht anzunehmen, daß der Ascendent einem seiner Descendenten vor anderen neben jenem zur Erbfolge berechtigten Descendenten durch Zuwendungen bei Lebzeiten einen Vorzug habe geben wollen. Es soll daher die dadurch entstandene Ungleichheit durch Collation der bei Lebzeiten gemachten Zuwendungen beseitigt werden, wenn nicht der Wille des Erblassers sie aufrecht erhält. Vgl. C. 17 §. 1 de collat. (6, 20): „aequa lance parique modo prospici possit". Nov. 18 cap. 6: „omnino esse collationes et exinde aequalitatem". Fein a. a. O. §. 49.

2) Nov. 18 cap. 6.

3) Vgl. C. ult. commun. utr. judic. (3, 38) mit fr. 1 §. 3 in fine de collat. bon. (37, 6). Thibaut im A. f. c. Pr. V, S. 330 f. — Bei Berechnung des Antheiles anderer mit Descendenten concurrirender Miterben (z. B. des überlebenden Ehegatten) kommen die Conferendposten nicht in Ansatz. Seufferts Archiv I, Nr. 264.

4) v. d. Pfordten a. a. O. S. 887 f. Vangerow a. a. O. §. 516 Anm. 2 S. 403.

4a) C. 17, 20 de collat. (20, 6).

4b) C. 14 eod. Vangerow a. a. O. Nr. 4 S. 402.

Die Collation fällt weg

1) in Ansehung desjenigen Descendenten, der die Erbschaft des Ascendenten ausschlägt[5]);

2) wenn sie vom Ascendenten erlassen oder verboten ist[6]), wozu es weder ausdrücklicher Erklärung noch besonderer Form bedarf[6a]);

3) wenn der Gegenstand vor dem Erbschaftserwerbe, ohne daß den Empfänger (beziehungsweise den Collationspflichtigen) der Vorwurf des Dolus oder groben Verschuldens trifft, zu Grunde gegangen, oder doch für diesen verloren ist[7]).

---

5) Fr. ult. de dot. collat. (37, 7); C. 25 fam. erc. (3, 36).

6) Nov. 18 cap. 6. Nur kann keine sich daraus ergebende Beeinträchtigung des Pflichttheiles der übrigen Kinder das in §. 664 dargestellte Rechtsmittel begründen.

6a) Vergl. fr. 39 §. 1 fam. erc. (10, 2). S. auch Seufferts Archiv II, Nr. 73. Weiske's Rechtslexikon S. 833.

7) Vgl. fr. 1 §. 23, fr. 2 §. 2 de collat. (37, 6); C. 6, 20 eodem (6, 20). Nov. 97 cap. 6. Vom Erbschaftserwerbe an haftet der Collationspflichtige auch für geringes Verschulden, welches jedoch bei Anwendung der sogenannten diligentia in concreto (§. 98 Nr. 3) nicht angenommen wird. Vergl. fr. 25 §. 16 fam. erc. (10, 2). — Ist das Empfangene oder der Erlös daraus zur Bestreitung wirklicher Bedürfnisse (nicht verschwendungsweise) verzehrt (ausgegeben) worden, so führt das Princip des neuesten Rechtes (siehe Note 1) keineswegs zur Annahme des Wegfallens der Collation. Dieses bringt es im Allgemeinen (vergl. unten Note 9) nicht mit sich, daß die Kinder, welche mehr brauchen, auch besser bedacht werden. Vielmehr käme man mit solcher Rücksicht auf die dringenden Bedürfnisse versorgter Kinder gerade zum Gegentheile des „aequa lance parique modo prospici". Dies mit Folgesätzen des älteren Rechtes begründen zu wollen, scheint ebenso bedenklich, als die Bestimmung der C. 6 cit., nach welcher Schulden des Collationspflichtigen in Abzug kommen, vom neuesten Rechte gelten zu lassen. Indessen lehrt z. B. Hofacker (princ. §. 1661), „ex praeceptis pragmaticorum" falle hier die Collation weg: „si conferens locupletior non factus est, neque alia illi bona supersint". Vgl. bayer. L.-R. (v. 1756) III, 1 §. 15 Nr. 24: „Die Collation hört auf, wenn das einzuwerfende Stück . . . . bona fide vom Erben verzehrt, und er dadurch nicht reicher geworden ist." Siehe auch Fein am angef. Orte S. 320.

§. 588.

β) Gegenstand der Collation [1]).

Der Collation sind nur solche Zuwendungen unterworfen, welche dem Collationspflichtigen vom Erblasser bei seinen Lebzeiten gemacht wurden, und auch diese nur mit Unterscheidungen [2]). Collationsgegenstand sind insbesondere

1) die vom Erblasser einer Tochter oder Enkelin bestellte Dos, die s. g. Ausfertigung und eine spätere Vermehrung einbegriffen [3]);

2) die für einen Sohn oder Enkel ausgesetzte donatio propter nuptias [4]);

3) Alles, was einem Kinde zur Begründung seines gesonderten Haushaltes oder Geschäftes, oder zu dessen Aufbesserung oder Erneuerung gegeben wurde [5]).

---

1) Gegen die Lehre, welche die Collationspflicht für alle vom Erblasser bei Lebzeiten dem miterbenden Descendenten gemachten Zuwendungen als Regel annimmt, vergl. Vangerow a. a. O. S. 406. Puchta, Vorles. zu §. 513. — S. auch unten §. 653 Note 9.

2) Vergl. Const. 20 de collat. (6, 20). Was ein Descendent dem Erblasser schuldig war, wird nicht conferirt, sondern in die Erbmasse zur Berichtigung der Schuld eingeworfen. Pfitzer a. a. O. §. 75, 67, 107. Vergl. auch C. 13 fam. ercisc. (3, 36); C. 12 de coll. (6, 20). Zu dieser Berichtigung ist der Descendent auch dann verbunden, wenn er nicht Erbe wird.

3) Fr. 1 §. 1 de dot. coll. (37, 7); C. 2, 17 de coll. (6, 20). Kann die Dos, weil die Ehe noch fortdauert, von dem Manne nicht zurückgefordert werden, so geschieht die Collation durch Aufrechnung. C. 5 eod. Ueber den Fall, wenn die Dos verloren oder zu Grunde ging, vergl. fr. 1 §. 6 de dot. coll. (37, 7); Nov. 97 cap. 6.

4) C. 17, 19, 20 de collat. Nov. 18 cap. 6. Vgl. §. 462 b. Gleiches gilt vom deutschrechtlichen Gegenvermächtniß (Widerlage).

5) Const. 17 in f., C. 20 pr. de collat. Vgl. Nov. 18 c. 6. Seufferts Archiv III, Nr. 349; IV, Nr. 127 Note 1, Nr. 136. Bei der jährlichen (alsbald zu verzehrenden) Zubuße und Beihilfe zur Wirthschaft mag wohl häufig aus den Umständen die auf Erlassung der Collation gerichtete Absicht erhellen; zumal wenn solche periodische Zuwendungen statt der Ueberlassung eines Capitales (resp. eines höheren) geschehen. Die Zinsen eines solchen würden ja der Collation nicht unterliegen. — Ist bei heimlichen Zuwendungen anzunehmen, daß die Collation erlassen sey? Darüber s. Dabelow im A. f. c. Pr. II, Nr. 6.

Die Verbindlichkeit zur Collation findet aber nicht statt [6]:

1) Bei reinen Schenkungen, sofern nicht der Beschenkte mit anderen Kindern concurrirt, welche eine dos oder donatio propter nuptias (oder eine dieser analoge Ausstattung im Sinne obiger Nr. 3) conferiren müssen [7];

2) Bei Auslagen für die Kinder, welche in die Sphäre der Alimente fallen, wohin auch die Studirkosten zu rechnen sind [8]; sofern nicht der Ascendent mehr that als er schuldig war, und bewiesen wird, daß er dabei einen in Aufrechnung zu bringenden Vorschuß zu machen beabsichtigte [9]. Dasselbe gilt

---

6) Puchta, Vorles. zu §. 513: „Eine besondere Ausnahme bei den bona castrensia, welche nicht conferirt werden sollen, auch wenn sie vom Vater herrühren (fr. 1 §. 15, C. 15 de coll.), bezieht sich auf das ältere Recht." Dieses beruhte hinsichtlich der Collationspflicht auf dem Unterschied zwischen Suus und Emancipatus (§. 587 Note 1), welcher aber bei den bona castrensia wegfiel. Da nun die Collation des neuesten Rechtes diesen Unterschied nicht mehr zur Grundlage hat, so ist auch jene sich darauf beziehende Ausnahme unpraktisch geworden.

7) C. 20 pr. §. 1 de collat.; C. 18 fam. ercisc. (3, 36). Nicht entgegen ist C. 13 de collat. Machte aber der Vater dem Empfänger der Ausstattung noch überdem eine Schenkung, so liegt dessen Absicht, dieses Kind vor den anderen zu begünstigen, klar vor. Die Collationspflicht ist nicht darum eingeführt, um beabsichtigte Begünstigungen des Vaters zu beseitigen, sondern sie soll Gleichheit unter den Kindern nur insoweit herstellen, als es sich annehmen läßt, daß der Vater Gleichheit gewollt habe. Vergl. hierüber, insbesondere in Betreff der Beweislast in dergleichen Fällen, Seufferts Archiv I, Nr. 356.

8) Fr. 50 fam. erc. (10, 2); fr. 34 de neg. gest. (3, 5). Vergl. C. 11, 15 de neg. gest. (3, 19). Seufferts Archiv III, Nr. 349.

9) C. 11, 15 de neg. gest. (2, 19); fr. 50 fam. ercisc. (10, 2). Wenn der Vater die mehreren Kinder verschiedenen Berufen widmet, von welchen der eine mehr Bildungsaufwand erheischt, als der andere, so wird durch solche Mehrauslagen für dieses oder jenes Kind die Gleichheit keineswegs verletzt. Umsoweniger läßt sich vornherein in Ansehung des Mehraufwands annehmen, der Empfänger habe sich denselben aufrechnen zu lassen. — Wo übrigens ein dergl. Aufwand „credendi animo" gemacht worden, fällt die Aufrechnung unter den in Note 2 bezeichneten Gesichtspunkt. S. auch unten zu Note 14.

3) von Auslagen, welche der Ascendent gemacht hat, um dem Kinde ein nicht wiederverkäufliches Amt zu verschaffen[10]). Der Collation ist

4) nicht unterworfen, was der Descendent vom Erblasser als Remuneration für besondere Dienstleistungen empfing[11]);

5) was dieser zunächst um seiner selbst willen ausgelegt hat, ohne daß dadurch das Vermögen des Descendenten vermehrt wurde[12]);

6) was einem Descendenten erst von Todeswegen (Schenkungen dieser Kategorie einbegriffen) zugewandt wird[13]).

Der Collationspflicht an sich nicht unterliegende freie Gaben können Gegenstand derselben durch Anordnung des Erblassers werden, sofern diese der Zuwendung beigefügt worden, oder in einer giltigen letztwilligen Verfügung vorliegt[14]).

Schon hieraus ergibt sich, daß die sog. Annotationen (von den Eltern hinterlassene schriftliche Nachrichten und Aufzeichnungen über die bei ihren Lebzeiten ihren Kindern zugewandten Güter) für sich nicht geeignet sind, die Willensmeinung des

---

10) Fr. 1 §. 16 de collat. (37, 6); Const. 30 §. 2 de inoff. testam. (3, 28). Auslagen, um dem Sohn die Doctorwürde zu verschaffen, sind nicht zu conferiren. Fr. 1 §. 16 cit.

11) Hofacker, princ. §. 1658. Vergl. Mühlenbruch, Pandekten §. 720 Nr. 4.

12) z. B. die Kosten des Hochzeitsschmaußes bei Vermählung des Kindes. Auch die Auslagen für Stellung eines Ersatzmannes werden nicht conferirt. Blätter für Rechtsanwendung XI, S. 72. Seufferts Archiv I, Nr. 357.

13) Fr. 39 §. 1 fam. ercisc. (10, 2); fr. 1 §. 19, Constit. 10, 16 de collat. Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 117. Vangerow a. a. O. S. 406 und §. 562 S. 588.

14) Vergl. C. 20 in fine de collat. (6, 20) mit C. 11 de negot. gest. (2, 19). Letztwillige Anordnungen der Collation erscheinen als Auflagen, von dem Erblasser einem Erben gemacht, und sind demzufolge (s. §. 571 zu Note 9) nicht bloß bei Zuwendungen aus Liberalität wirksam. Vgl. unten §. 591 Note 7, §. 654 Nr. 2. Puchta, Pand. u. Vorl. §. 513. S. oben zu Note 9.

Erblassers, daß die annotirten Vermögensstücke conferirt werden sollen, verbindlich darzuthun[15]).

## §. 589.

### γ) Art der Collation.

Die Collation geschieht entweder durch wirkliche Einwerfung in die Erbschaft, oder dadurch, daß dem Conferenten der Werth oder Betrag des Gegenstandes bei der Erbtheilung aufgerechnet wird. Der Collationspflichtige kann zwischen beiden Arten wählen[1]). Bei Berechnung des Werthes der einzuwerfenden Sache wird auf den Zeitpunkt der Erbtheilung gesehen[2]), jedoch so, daß nothwendige und nützliche Verwendungen, sofern deren Erfolg zur Zeit der Collation fortdauert, in Abrechnung kommen[3]). Mit dem ursprünglichen Gegenstand sind auch die zur Zeit der Erbschaftsantretung vorhandenen oder später hinzukommenden Accessionen zu conferiren; nebstdem die nach jener gezogenen Früchte und Zinsen[4]). Vor Erfüllung der Collationspflicht[5]) kann der

---

15) v. Bülow, Abh. Th. I. S. 207--209. Vgl. meine Erl. z. Erbrecht S. 36.

1) Fr. 1 §. 12 de collat. (37, 6); C. 5 eod. Vgl. Nov. 97 cap. 6. A. M. ist Pfitzer a. a. O. §. 103—201. Allein s. Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 118, 119. Fein a. a. O. §. 52.

2) Fein a. a. O. Seite 305 f. Vergl. indessen in Ansehung der Haftung für Beschädigungen — §. 587 Nr. 3 und Note 7.

3) Vgl. fr. 1 §. 5 de dot. coll. (37, 7).

4) Vgl. Fein a. a. O. S. 310 f. Von Zeit der Erbschaftsantretung wird das Conferendum als Erbschaftssache angesehen. — Von Zeit des Verzuges (in Folge der Aufforderung zur Collation) kann noch die Haftung für fructus percipiendi und Verzugszinsen hinzukommen. Vgl. fr. 5 §. 1 de collat. (37, 6). Fein a. a. O. §. 56.

5) Oder Cautionsleistung. Vgl. fr. 1 §. 9, 10, 13, C. 14 de coll. Wenn der Collationspflichtige die Erbschaft angetreten hat, und die conferenda mehr betragen, als der auf ihn fallende Erbtheil, so ist gleichwohl die Collationspflicht nach ihrem ganzen Umfange zu erfüllen, sofern nicht die benützte Wohlthat des Inventars vor Schaden bewahrt. Im Falle der Insolvenz des Nachlasses fällt unter dieser Voraussetzung die Collation weg. Vangerow a. a. O. S. 406 Anm. 4. Zum Theil abweichend Puchta, Pand. §. 514 Note c.

Verpflichtete nichts aus der Erbschaft verlangen, und nebstdem die Collation auf dem Wege der Klage (§. 592) gefordert werden[6]).

## §. 590.

### d) Von der Erbtheilung.

#### α) Personen, unter welchen sie stattfindet.

Die Erbtheilung findet unter den Miterben statt[1]). Ist ein Erbtheil verkauft worden, so tritt der Käufer an die Stelle des Verkäufers[2]). Außerdem kann es zu einer Erbtheilung kommen

a) zwischen dem directen Erben und Demjenigen, welchem ein Theil der Erbschaft als Fideicommiß herauszugeben ist[3]);

b) wenn einem arrogirten Unmündigen die sog. Quarta Divi Pii (s. oben §. 475) zu verabfolgen ist[4]).

Jeder, der Miterbe oder in der Lage eines Miterben ist[4a]), hat das Recht, die Theilung der gemeinschaftlichen Erbschaft zu verlangen. Eine Verabredung der Theilhaber oder eine Verfügung des Erblassers, daß niemals getheilt werden solle, steht

---

6) Fr. 1 §. 10, C. 14 de coll.; fr. 1 pr. de dot. coll. (37, 7). Hofacker, princ. §. 1665. Vgl. indessen Fein a. a. O. §. 51.

1) Fr. 1 §. 1, fr. 2 pr., fr. 24 §. 1 fam. erc. (10, 2). Auf die Erbtheilungsklage eines weder besitzenden noch anerkannten Prätendenten braucht sich nach fr. 1 §. 1 cit. der Besitzer nicht einzulassen, sondern kann Jenen auf vorgängige Durchführung der her. pet. partiaria verweisen. Vgl jedoch ein Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck v. 1851 (Seufferts Archiv IV, Nr. 152): „Jedenfalls ist in dem heutigen auf der Eventualmaxime beruhenden Processe an dem allgemeinen Principe festzuhalten, daß Präjudicialfragen weder nothwendig, noch auch nur regelmäßiger Weise separatim verhandelt und unter Sistirung der Hauptsache zu vorgängiger Erledigung gebracht zu werden brauchen, daß dies vielmehr nur in Ausnahmsfällen und aus besonderen Gründen eintrete."

2) Vgl. C. 5 de her. vend. (4, 39). Mühlenbruch, Pand. §. 724.

3) Fr. 24 §. 1, fr. 40 eod.

4) Fr. 2 §. 1 eod.

4a) Von einem Falle, in welchem Gläubiger eines Fiduciars, um Mittel zu ihrer Befriedigung zu erlangen, die Theilung betrieben haben, — vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 354.

der Ausübung dieses Rechtes nicht im Wege[5]). Vergl. übrigens §. 357.

## §. 591.

### β) Gegenstand und Art der Theilung.

Gegenstand der Theilung sind alle zur Erbschaft gehörigen Sachen[1]). Jedoch sollen diejenigen ausgeschlossen werden, welche dem Verkehre der Privaten entzogen[2]), oder durch Verbrechen erworben sind[3]). Urkunden, welche für alle Theilhaber von bleibendem Interesse sind[4]), insbesondere das Original des Testamentes, werden bei dem meistbetheiligten Miterben oder bei einem von den Erben gewählten Dritten, oder auch bei der Obrigkeit deponirt[5]).

In Ansehung der Art der Theilung[6]) entscheidet vor Allem die Anordnung des Erblassers, wenn eine solche vorhanden ist[7]).

---

5) Vgl. fr. 13 fam. erc. mit C. 5 comm. divid. (3, 37).

1) Fr. 25 §. 7 fam. erc.: „Quod pro emtore, vel pro donato, puta, coheres possidet, in familiae erciscundae judicium venire, negat Pomponius.“ Vgl. fr. 12 in f., fr. 25 §. 6, 8, fr. 45 pr., fr. 54 eod.

2) Fr. 4 §. 1, fr. 30 in f. eodem; C. 4 de relig. (3, 44).

3) Fr. 4 §. 2 fam. erc.; fr. 9 in fine de jure fisci (49, 14).

4) Beziehen sie sich auf einzelne Sachen oder Rechte, so erhält sie Der, welchem diese Sachen oder Rechte zugetheilt werden.

5) Fr. 4 §. 3, fr. 5 fam. erc.

6) Die Vorbereitung der Theilung besteht
   a) in Ausmittelung und Zusammenbringung aller zur Erbschaft gehörigen, in Ausscheidung der nicht dazu gehörigen Sachen;
   b) in Anfertigung des Inventars;
   c) in Taxation der Erbschaftssachen. Hofacker, Principia §. 3042, 3045.

7) Diese Anordnung kann entweder in dem Testamente oder in einem Codicille oder (unter Kindern) auf die oben §. 531 angegebene Weise geschehen. Vergl. fr. 33, C. 10 fam. erc; Nov. 18 c. 1, Nov. 22 c. 48. Daß die vom Erblasser selbst gemachte Theilung den Erbtheilen der einzelnen Miterben nicht entspricht, hindert deren Wirksamkeit nicht, indem ja der Erblasser, wenn nur der Pflichttheil nicht geschmälert wird, den Einen vor den Anderen zu begünstigen befugt ist. Nov. 18 cap. 1. Hat der Erblasser nicht Alles ausgetheilt, so wird das Uebrige nicht nach dem von ihm befolgten Maßstabe, sondern nach der Größe der Erbportionen ver-

In deren Ermangelung kömmt es, wenn sich die Miterben nicht außergerichtlich vereinigen[8]), zur Theilung durch richterlichen Ausspruch. Das Ermessen des Richters muß sich bei diesem Geschäfte nach der Modalität der einzelnen Fälle, nach Zeit- und Ortsverhältnissen und dergl. bestimmen. Im Allgemeinen kann bemerkt werden:

1) Bei vorräthigen Geldern und anderen Quantitäten entspricht die Naturalaustheilung der Natur der Sache[9]).

2) Bei Mobilien anderer Art und bei Immobilien wird entweder zur Veräußerung geschritten und der Erlös getheilt, oder die Sachen selbst werden unter den Miterben nach dem Taxwerthe ausgetheilt, oder dem einen oder dem anderen gegen Abfindung der übrigen durch Geld oder andere Leistungen zuerkannt[10]). Die Abfindungssumme, welche ein Erbe dem anderen zu zahlen hat, wird Erbegeld genannt[11]).

---

theilt. Fr. 32, C. 21 fam. ercisc. Wird der einem Miterben zugetheilte Gegenstand evincirt, so sind die Uebrigen zur Schadloshaltung nicht verbunden, ausgenommen bei Theilungen unter Kindern, wenn Jedem Etwas vorzugsweise zugetheilt ist. Vgl. fr. 77 §. 8 de legat. II. mit fr. 33 fam. erc. S. auch C. 10 de legatis (6, 37). Glück im Comm. XI, S. 107—111.

8) Die gütliche Uebereinkunft kann auch darin bestehen, daß die Theilung einem Schiedsrichter überlassen wird.

9) Vgl. Mühlenbruch, Pand. §. 724 Solche Gegenstände können auch dazu dienen, die unvermeidlichen Ungleichheiten in anderen Zutheilungen auszugleichen. Vgl. Nr. 2.

10) Vergl. §. 4 Inst. de offic. jud. (4, 17); fr. 22 §. 1—3, fr. 25 §. 6, 20, fr. 55 fam. ercisc.; fr. 21 comm. divid. (10, 3); Const. 3 eodem (3, 37). Vergl. fr. 16 pr. §. 1, 2 fam. ercisc. Pufendorf, Observat. IV, 110. Struben, rechtl. Bed. II, 28. Glück, Comm. XI, S. 34 f. S. auch oben §. 359. Wenn Miterben darüber streiten, ob die Theilung einer Mehrheit von Erbschaftsgrundstücken durch Vertheilung (Verloosung) unter den Interessenten oder durch Versteigerung zu ermitteln sey, so hat der Richter den Ausschlag für die erstere Theilungsart zu geben; sofern nicht in Rücksicht einzelner Grundstücke wegen besonderer Umstände anzunehmen ist, daß sie sich zu einer Verloosung schlechterdings nicht eignen. Seuferts Archiv I, Nr. 98. Vergl. über Erbvertheilung bei Zubaugütern ebd. Nr. 261.

11) Sie ist als Kaufgeld anzusehen. A. G. L. Weber de pecunia hereditaria. Goett. 1816.

3) Auch die Erbschaftsforderungen sind Gegenstand der Austheilung unter den Miterben, so daß die einzelnen Forderungen an den einen oder den anderen Miterben überwiesen werden können [12]). Die Zutheilung der Schulden an einzelne Miterben bindet die Gläubiger nicht [13]). Vgl. §. 585.

Im Uebrigen kommen, was sowohl die Theilungsart als die Wirkungen und Anfechtung einer geschehenen Theilung betrifft, die oben §. 359, 360 vorgetragenen Grundsätze auch bei Erbtheilungen zur Anwendung [14]).

### §. 592.

#### γ) Actio familiae erciscundae.

Die Klage auf Theilung einer gemeinschaftlichen Erbschaft (oder eines Erbtheiles oder auch einzelner unvertheilter Erbschaftssachen [1])) heißt actio familiae erciscundae. Ihre Natur bestimmt

---

12) Fr. 2 §. 5 fam. erc.: „In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositae fuerint de divisione eorum: ut stetur ei, et ut alter alteri mandet actiones, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.“ Vgl. fr. 3 eod.

13) Fr. 3 eodem: „Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido, aliis alia attribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet. Nec tamen scilicet haec attributio id efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut, sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agatur; sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur. Nam licet libera potestas maneat creditoribus, cum singulis experiendi, tamen et his libera potestas est, suo loco substituendi eos, in quos onera actionis *officio judicis* translata sunt.“ Vergl. fr. 40 §. 2 de pactis (2, 14). S. Glück a. a. O. S. 64.

14) Ueber Anfechtung einer Erbtheilung wegen Verletzung vergl. Seufferts Archiv I, Nr. 262, 263. Abweichend von der in §. 360 zu Note 5 adoptirten Ansicht hat das O.-A.-G. zu Wiesbaden angenommen, das „perperam“ in der dort angef. C. 3 heiße soviel als „ultra dimidium“. — Wegen Verletzung durch unrichtigen Anschlag einzelner Erbschaftssachen findet Anfechtung der Erbtheilung an sich nicht statt; eine Verletzung von Bedeutung in Ansehung des Ganzen muß dargethan werden.

1) z. B. in dem Falle, wenn der Erblasser selbst die meisten Erbschaftssachen getheilt hat, und daher nur noch einzelne zu vertheilen sind. Vgl. C. 1, 21 fam. erc. (3, 36); fr. 32 eodem; C. 9 comm. utr. jud. (3, 38).

sich nach den in §. 357 von den Theilungsklagen im Allgemeinen aufgestellten Grundsätzen, insbesondere dient sie, wie die beiden anderen, zugleich dazu, die gegenseitigen Ansprüche der Theilhaber, auf im §. 356 angegebenen Leistungen geltend zu machen[2]).

Die actio familiae erciscundae kann nur einmal angestellt werden; was jedoch ein nachträgliches Verfahren in Ansehung der Sachen und Berechnungsposten, welche unberücksichtigt geblieben sind, keineswegs hindert[3]).

Bemerkenswerth ist noch, daß, wenn dieselben Personen Theilhaber an mehreren Erbschaften sind, die Theilung derselben zusammen in einer Klage verlangt werden kann[4]).

---

2) Vergl. in Betreff der zu vergütenden Vortheile, welche ein Miterbe über seinen Antheil aus Erbschaftsgegenständen gezogen hat, fr. 19, 44 §. 3, fr. 52 §. 1, C. 9 fam. erc.; hinsichtlich der Ersatzleistung für Benachtheiligungen durch Versäumung der obliegenden diligentia in concreto (§. 98) — fr. 16 §. 4, 5, fr. 25 §. 16, 18 eodem; über Aufrechnung der Verwendungen — fr. 18 §. 3, 6, 7, fr. 25 §. 15, fr. 49 eodem. C. 18 §. 1 eodem vgl. mit C. 3 de neg. gest. (2, 19). Die römisch-rechtliche Unterscheidung, nach welcher z. B. bei den vor Antretung der Erbschaft, oder ohne Absicht der Geschäftsführung für die Erbschaft, oder mit unmotivirter Einmischung in die Antheile der Anderen gemachten Auslagen die Vergütung nicht mit act. fam. erc. sondern mit act. neg. gest. contr. verlangt wird (fr. 25 §. 15, fr. 49 cit.), ermangelt heutzutage der praktischen Bedeutung. — Dagegen ist es noch heutzutage von Interesse, daß der Miterbe, welcher, ohne sich als solchen zu kennen, Geschäfte der Erbschaft geführt, den anderen Miterben aus dem Standpunkte der neg. gest., also für omnis culpa (§. 394), nicht bloß für dilig. in concreto haftet. Vgl. fr. 41 de reb. cred.

3) Das nachträgliche Verfahren fällt in die Sphäre der actio communi dividundo resp. neg. gest. Fr. 20 §. 4, fr. 44 §. 2, C. 17 fam. erc. C. 3 de neg. gest.

4) Fr. 25 §. 3—5 eod. Daß bei der einen oder anderen noch dritte Personen betheiligt, steht im Allgemeinen nicht im Wege; wohl aber kann der Richter (Verwirrung besorgend) im einzelnen Falle aus dem Standpunkte der Proceßleitung die Vereinigung ausschließen.

## §. 593.

### e) Jus accrescendi [1]).

Wenn einer von mehreren Miterben (vor oder nach dem Anfall) wegfällt, und weder [2]) ein Transmissionserbe [3]) noch ein Substitut an dessen Stelle tritt [4]), so wird der vacante Erbtheil, als Zuwachs, mit den Antheilen der übrigen Erben vereinigt [5]). Dies Anwachsungsrecht findet sowohl bei der Testaments- als bei der Intestaterbfolge statt [6]), der Erblasser kann dasselbe nicht verbieten [7]), und es tritt von Rechtswegen [8]), selbst ohne Wissen und wider den Willen der übrigen Erben ein [9]). Diese erwerben die

---

1) Vangerow, Band II. §. 494—496. Vergl. Puchta, Pand §. 505: „Die Accrescenz tritt nothwendig ein: bei der Intestaterbfolge, weil die Existenz der früheren Erben die successive Delation (s. oben §. 556), bei der testamentarischen, weil die Existenz testamentarischer die Intestaterben ausschließt" (s. oben §. 517).

2) Das Anwachsungsrecht wird auch dadurch ausgeschlossen, daß ein zur Strafe entzogener Erbtheil dem Fiscus zufällt. S. unten §. 597.

3) S. oben §. 576 a. E.

4) C. un. §. 13, 14 de caduc. toll.

5) Portio portioni accrescit, d. h. wenn ein Erbe nach Erwerbung der Erbschaft gestorben ist, und hierauf ein Miterbe wegfällt, ohne angetreten zu haben, so tritt die Anwachsung auch in der Person der Erbeserben ein. Fr. 9 de suis et legit. (38, 16); Constit. un. §. 10 de cad. toll. (6, 51). Vergleiche fr. 26 §. 1 de condit. et demonstrat. (35, 1). Vangerow a. a. O. S. 328 Nr. 3. Ueber den Fall, wenn der Antheil, welcher accrescirt, mit einem Universalfideicommiß beschwert ist, s. unten §. 642 Nr. 4.

6) Vgl. fr. 9 de suis et legit. (38, 16).

7) Zulässig ist das indirecte in der Substitution liegende Verbot. Vgl. fr. 55 de leg. I. (30).

8) Ausgenommen bei den Testamentserben des Soldaten, bei denen es nur dann eintritt, wenn es der Testirer geboten hat, indem außerdem der vacante Erbtheil an die Intestaterben fällt. Fr. 37 de testam. milit. (29, 1); C. 1 eodem (6, 21).

9) Fr. 35 pr., fr. 53 §. 1 de adquir. hered. (29, 2). Vergl. fr. 31 eodem. Jedoch erleidet dies eine Ausnahme in dem Falle, wenn ein Erbtheil dadurch frei wird, daß der Miterbe, der ihn bereits erworben hat, gegen den Erwerb in integrum restituirt wird. Fr. 61 eodem. Wenn ein suus

vacante Portion ohne Antretung, werden auch ohne ihr Zuthun verbunden, alle darauf gelegten Lasten zu übernehmen [10]).

Bei der Intestaterbfolge fällt der erledigte Erbtheil an Diejenigen, welche ihn erhalten haben würden, wenn der Wegfallende schon von Anfang nicht vorhanden gewesen wäre [11]). Er vertheilt sich unter ihnen nach Verhältniß ihrer eigenen Erbtheile, wobei zu bemerken ist, daß diejenige Successionsart, welche zur Zeit des Anfalles der Erbschaft begründet ist, durch das Wegfallen eines Miterben in Ansehung der Uebrigen nicht geändert wird [12]) (§. 558 a. E.). Ist übrigens der Antheil eines Miterben durch das Gesetz auf ein gewisses Maximum beschränkt, so kann ihm, wenn er das Maximum bereits hat, das Anwachsungsrecht keinen weiteren Zuwachs verschaffen [13]).

Bei der Testamentserbfolge kommt es darauf an, in welche Verbindung der Erblasser die mehreren Erbeinsetzungen gebracht hat [14]). In dieser Hinsicht sind drei Verbindungsarten zu unterscheiden:

1) Mehrere Personen, von denen Jeder entweder schlechthin auf die ganze Erbschaft, oder welche zusammen auf denselben Erb-

---

von dem beneficium abstinendi (§. 595) nach vorgängiger Antretung des Miterben Gebrauch macht, so hat dieser (oder auch dessen Erbe) die Wahl, ob er sich die Anwachsung der Portion gefallen lassen, oder auch seine ursprüngliche Portion aufgeben will. Vergl. fr. 55, 56 de adquir. hered. S. indessen fr. 38 eodem. Vangerow a. a. O. S. 330 Nr. 7 lit. a. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLII, S. 366 f.

10) Fr. 31, fr. 35 pr., fr. 38, fr. 53 §. 1, fr. 75 pr. eodem; C. un. §. 4, 9, 10, 14 de caduc. toll. (6, 51). Vergl. Seufferts Archiv I, Nr. 266. S. auch Vangerow a. a. O. S. 345. War die belastende Verfügung nur auf den ausfallenden Miterben berechnet, nach ausdrücklicher Anordnung oder nach der Natur der Leistung, so accrescirt die vacante Portion sine onere. Vgl. C. un. §. 3, 9 cit. S. auch oben §. 587 zu Note 4b.

11) Vgl. fr. 12 pr. de bon. poss. c. t. (37, 4); fr. 5 §. 1 unde liberi (38, 6); fr. 1 §. 10 de succ. ed. (38, 9).

12) Glück, opusc. Fascic. IV. pag. 151. Vgl. Heidelb. Jahrbücher (1824) Nr. 35 S. 559, 560.

13) Nov. 53 cap. 6. Nov. 115 cap. 5. S. oben §. 562 Note 16.

14) Vgl. Thibaut im A. f. c. Pr. VII, Nr. 21. Vangerow a. a. O. S. 333 f.

theil eingesetzt sind[15]), heißen, wenn die Einsetzung jedes Einzelnen in einem besonderen Satze geschah, im Verhältniß zu einander disjuncti oder auch re tantum conjuncti; hingegen

2) wenn sie in demselben Satze genannt sind, re et verbis conjuncti oder mixtim conjuncti (im römischen Rechte vorzugsweise conjuncti). Wenn aber

3) Mehrere zwar in demselben Satze genannt sind, jedoch einem Jeden eine bestimmte Quote angewiesen ist, werden sie als verbis tantum conjuncti bezeichnet[16]).

Wenn nun ein Erbtheil vacant wird, so ist es zwar Regel, daß er allen übrigen Miterben nach Verhältniß ihrer eigenen Erbtheile zuwachse[17]). Sind aber unter den mehreren Erben einige, und zwar in Ansehung eines bestimmten Erbtheiles, re et verbis conjuncti, und einer von diesen ist weggefallen, so accrescirt dessen vacante Portion nur Denjenigen, welche mit ihm in dieser engeren Verbindung stehen[18]).

Noch ist zu bemerken, daß Denjenigen, welche auf eine bestimmte Sache oder auf eine Quantität (pars quanta) zu Erben eingesetzt sind, ein Anwachsungsrecht überhaupt erst dann zukomme, wenn andere Miterben nicht mehr vorhanden sind[19]).

---

15) Vgl. fr. 142 de verb. signif. mit Gajus II, 199; §. 8 Inst. de legatis (2, 20). S. Thibaut a. a. O. S. 410.

16) Die verbis tant. conjuncti werden oft unter dem allgemeinen Ausdrucke *conjuncti* nicht mitbegriffen. Vergl. fr. 63, 66 de hered. instit. (28, 5). Sind Diejenigen, deren Jedem eine besondere pars quota angewiesen ist, auch in besonderen Sätzen genannt, so heißen sie niemals conjuncti.

17) Fr. 20 §. 2, fr. 59 §. 3, fr. 63, 66 de her. instit. (28, 5). C. un. §. 10 de cad. toll. (6, 51).

18) Fr. 17 §. 1, 2 vgl. mit fr. 63 de her. instit. S. über die verschiedenen Meinungen Thibaut in Brauns Erört. Bd. II. S. 765—770; Vangerow a. a. O. S. 337 f.

19) In Concurrenz mit anderen Miterben gelten die in obenerwähnter Weise Eingesetzten nur als Legatare. Vergleiche Constit. 13 de hered. instit. (6, 24).

## §. 594.

## II. Von dem Verluste der Erbfolge.

### A. Uebersicht.

Mehrere Fälle des Verlustes der Erbfolge sind bereits in Verbindung mit anderen Gegenständen erörtert worden, so der Verlust durch Unwirksamkeit des Testamentes, durch Eintritt der Unfähigkeit, Erbe zu seyn, durch den Tod des Erben vor der Antretung. Noch ist zu sprechen

1) von dem Verluste durch Ausschlagung (repudiatio),
2) von der Entreißung der Erbschaften wegen Unwürdigkeit.

## §. 595.

### B. Von der Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft.

So lange Jemand eine Erbschaft noch nicht angetreten hat, kann er sie ausschlagen [1]); die Ausschlagung geschieht entweder durch ausdrückliche Erklärung (repudiatio), oder sie äußert sich in Handlungen [2])

---

1) Veräußerungsbefugniß des Ausschlagenden, Delation an denselben, und dessen Bekanntschaft mit der Delation sind Voraussetzungen der Wirksamkeit der Repudiation. Vergl. fr. 13, 15 sequ., fr. 23 de adquir. hereditate (29, 2).

2) Vergl. oben §. 546 Note 1. Soll in der Anerkennung eines nichtigen Testamentes eine Ausschlagung gefunden werden, so muß dem Anerkennenden die Nichtigkeit (s. auch Note 1) bekannt gewesen seyn. Vergl. fr. 8 de her. pet. (5, 3); fr. 3 de lege Cornel. de falsis (48, 10) mit C. 4, 8 de juris et facti ignor. (1, 18) und C. 3 ad leg. Cornel. de falsis (9, 22). Dollmann in den Bl. für R.-A. VII, S. 134. An die Stelle des Ausschlagenden tritt nun Derjenige, dem die Erbschaft von Anfang deferirt worden wäre, wenn der Ausschlagende nicht vorhanden gewesen. Geschieht die Anerkennung des nichtigen Testamentes durch Vertrag mit dem Testamentserben, so kann darin eine Veräußerung der ab intestato angefallenen Erbschaft von Seite des Intestaterben an den Testamentserben liegen (vergl. fr. 14 de transact. 2, 15), in welchem Falle natürlich die Wirkung der Ausschlagung, eine neue Delation an den in der Successionsordnung Folgenden, nicht eintritt. Vgl. auch Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXVIII, S. 34 f.

oder Unterlassungen[3]), insbesondere darin, daß der Berufene die zur Antretung bestimmte Frist versäumt (omissio)[4]). Nach römischem Rechte war eine vor dem Anfalle geschehene Ausschlagung unwirksam[5]); das deutschrechtliche Institut der Erbverzichte weicht hievon ab[5a]).

Ist Jemand aus mehreren Gründen zur Erbfolge berufen, und hat

a) die Testamentserbfolge ausgeschlagen, so bleibt es ihm unbenommen, als Intestaterbe anzutreten[6]). Hat er dagegen

b) als Intestaterbe ausgeschlagen, so kömmt es darauf an, ob er dabei seine Berufung durch das Testament gekannt habe oder nicht. Im ersteren Falle wird die Ausschlagung auf beide Delationsgründe bezogen[7]), in letzterem als nicht vorhanden betrachtet[8]).

Durch die Ausschlagung geht zwar die Erbschaft verloren, nicht aber, was dem Repudianten nebstdem an Vermächtnissen zugedacht ist[9]). S. unten §. 605 Note 4.

Eine bereits erworbene Erbschaft kann nicht mehr ausgeschlagen werden. Ausnahmsweise ist dem suus heres gestattet, sich von der ipso jure erworbenen väterlichen Erbschaft wieder loszusagen (beneficium abstinendi)[10]). Durch den Gebrauch dieser Rechtswohl-

---

3) Fr. 95 de adquir. hered.: „Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis indicio voluntatis." Vgl. fr. 1 §. ult. ut in poss. legat. (36, 4). z. B. Nichterfüllung einer Potestativbedingung.

4) Vergl. §. 568, 574.

5) Fr. 13 pr. §. 2, fr. 94 de adqu. her. (29, 2).

5a) Vgl. Eichhorn, Einl. i. d. d. P.-R. §. 349; Gerber, D. P.-R. §. 264.

6) Fr. 17 §. 1 eodem; wenn kein Substitut vorhanden ist, vergl. fr. 70 pr. eod. — S. auch unten §. 626.

7) Fr. 77 eodem. Auch die mit Kunde von der testamentarischen Berufung allgemein erklärte Ausschlagung wirkt auf beide Delationsgründe. Vgl. fr. 77 cit.

8) Fr. 17 §. 1 eod.

9) Fr. 87—89 de legatis I. (30); C. 12 de legatis (6, 37). Vorausgesetzt wird, daß nicht ein abweichender Wille des Testirers vorliege.

10) Fr. 11, 12, 57 pr., fr. 71 §. 4 de adqu. her. (29, 2) vgl. mit §. 2 Inst. de hered. qual. (2, 19). Auch dem suus steht, um sich vor Nachtheil zu bewahren, jus deliberandi (§. 568) und benef. inventarii (§. 572) zu.

that [11]), welcher schon in factischer Nichteinmischung liegen kann [11a]), tritt der suus in die Lage, als sey er niemals Erbe geworden [12]), was jedoch die Entkräftung der einer testamentarischen Berufung desselben beigefügten Pupillarsubstitution oder Vormundsernennung, sowie eines ihm aufgelegten Universalfideicommisses (vergl. §. 645 Nr. 3), nicht nach sich zieht [13]).

Das beneficium abstinendi geht verloren:

a) wenn der suus Etwas aus der Erbschaft entwendet oder unterschlägt oder sich mittelst Betruges aneignet [14]);

b) wenn er ausdrücklich erklärt, Erbe seyn zu wollen, oder Handlungen vornimmt, welche diese Erklärung stillschweigend enthalten (si se immisceat hereditati) [15]).

---

11) Ueber Transmission derselben vgl. fr. 7 §. 1 de adqu. her. mit C. 19 de jure delib. (6, 30). Die Transmission des Abstinenzrechtes beschränkt sich nicht auf sui des Transmittirenden. Vgl. Mühlenbruch in Glücks Comm. XLII, S. 345 f.

11a) Derselbe ist so wenig an eine bestimmte Zeit (s. jedoch §. 568) als an eine bestimmte Form gebunden. Seufferts Archiv III, Nr. 77.

12) So gegenüber den Erbschaftsgläubigern, ebenso in Bezug auf Confusion und Anerkennung von Verfügungen des Erblassers (§. 571 zu Note 5, 9), ferner auf Collation (§. 587 zu Note 5). Vergl. fr. 12 pr. de interrog. (11, 1); fr. 9 de dotis collat. (37, 7); fr. 89 de legatis I. mit fr. 89 de adqu. her. (29, 2). S. auch fr. 17 de injusto testam. (28, 3). Inwiefern der suus die Lossagung wieder rückgängig machen könne, darüber vergl. C. 6 de rep. vel abstin. her. (6, 31).

13) Fr. 30 §. 10 de fideicomm. lib. (40, 5): „Non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem." Vgl. fr. 41, 42 pr. de adqu. hered.; fr. 12 de vulg. substit. (28, 6); fr. 27 §. 3 ad SC. Trebellianum (36, 1). S. aber in Ansehung der Vermächtnisse fragm. 1 §. 4 ut in poss. legat. (36, 4) und unten §. 626. Ueber die verschiedenen Meinungen vergl. Glück und Mühlenbruch im Commentar XXIX, S. 239, 240 und XLII, S. 355 f. mit Francke, Beiträge S. 145 f. Siehe auch Vangerow, Bd. II. §. 539 S. 509 und unten §. 626, 645.

14) Fr. 71 §. 3—9 de adqu. her. (29, 2).

15) Fr. 57 eod. C. 1 de rep. her. (6, 31). Wer gegen den suus behauptet, daß er sich immiscirt habe, muß darüber den Beweis führen. A. D. Weber, von der Beweisführung VI, Nr. 28. Mühlenbruch a. a. O. S. 392 f. S. auch Bl. f. R.-A. XII. (Ergänzungsblätter) S. 80; Seufferts Archiv III, Nr. 78.

Jedem andern Erben als dem suus kann nach dem Erwerbe der Erbschaft die Ausschlagung nur dadurch möglich werden, daß er gegen die Antretung Restitution erlangt [16]).

§. 596.

## C. Entreißung wegen Unwürdigkeit.

### 1) In Folge der clausula privatoria [1]).

Unter clausula privatoria versteht man die Verfügung des Erblassers, vermöge welcher Diejenigen, welche von ihm als Erben oder mit Vermächtnissen bedacht sind, das Hinterlassene verlieren sollen, wenn sie seinem (des Erblassers) Willen nicht entsprechen. Eine solche Verfügung ist vollkommen wirksam [2]). Der Umfang ihrer Wirksamkeit hängt im einzelnen Falle von dem besonderen Inhalte der betreffenden Verfügung ab; häufig kömmt es vor, daß die fragliche Clausel in folgender Art beigefügt wird:

„Dafern einer oder der andere von meinen eingesetzten Erben oder Legatarien mein Testament anfechten und darüber einen Rechtsstreit anfangen sollte, so soll derselbe dadurch meiner Erbschaft (oder des ihm darin sonst zugedachten Vortheils) verlustig seyn."

---

16) Fr. 7 §. 5 de minor. (4, 4). Vergl. Const. 8 §. 6 de bonis quae liberis (6, 61). Ueber die Restitution wegen erzwungener Antretung vgl. fr. 21 §. 5, 6 quod metus (4, 2). Vergl. noch fr. 22, 31 de min. (4, 4); fr. 5 de cond. indeb. (12, 6) und C. 3 de test. manumiss. (7, 2) mit fr. 1 §. 4 ut in poss. legat. (36, 4). Francke a. a. O. S. 142 f. Vangerow a. a. O. S. 510.

1) Vergl. Averanii interpret. lib. II. cap. 29. Geiger und Glück, Rechtsfälle III, Nr. 36 §. 23, 24. Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 62.

2) Vgl. C. un. de his quae poenae nomine relinqu. (6, 41). Vgl. Nov. 1 cap. 1 §. 1. Jedoch versteht sich von selbst, was Kind l. cit. bemerkt: „Dummodo nec legibus interdictum, nec alias probrosum, nec impossibile sit, quod testator jussit."

Ueber die Wirkung der also gefaßten Clausel ist zu bemerken[3]):

1) Wenn die Interessenten sich über dunkle, zweideutige Stellen des Testaments nicht vereinigen können, jeder die für sich vortheilhafte Auslegung behauptet, und nun hierüber ein Rechtsstreit entsteht, so kann dies nicht als ein solcher Proceß angesehen werden, der nach dem Willen des Erblassers die Privation nach sich zieht; indem hier nicht über die Giltigkeit, sondern über die Auslegung des Testamentes gestritten wird. Dagegen kann

2) die gedachte Clausel Erfolg haben, wenn die Anfechtung wegen Form- oder Willensfehlers (§. 534) geschah, oder gegen Verfügungen gerichtet war, welche der Erblasser über Sachen oder Rechte des Honorirten getroffen hat[4]).

## §. 597.

### 2) Kraft des Gesetzes[1]).

Dem Erben, beziehungsweise dem zur Erbfolge Berufenen[2]), wird die Erbschaft oder sein Erbtheil kraft des Gesetzes wegen Unwürdigkeit entrissen:

1) wenn er den Erblasser getödtet, oder doch dessen Tod durch Nachlässigkeit verschuldet hat[3]);

2) wenn er, um sich die Erbfolge zu verschaffen, mit Zwang

---

3) Kind l. c. — Seufferts Archiv III, Nr. 186.

4) Vergl. unten §. 631, 654 Nr. 2. Zum Theile abweichend ist Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 62.

1) Zimmern im Grundrisse des Erbr. S. 78 ff. Vangerow, Bd. II. §. 565 S. 600 f. Andere Fälle der Entreißung wegen Unwürdigkeit sind im Zusammenhange mit anderen Lehren vorgetragen. Vgl. z. B. §. 540, §. 563 Nr. 1, §. 663.

2) Vergl. fr. 8, 17, 25 §. 1 de his quae ut indignis (34, 9) mit Const. un. §. 12 de caduc. toll. (6, 51). Der Erwerb ist keine Bedingung der Ereption.

3) Fr. 7 §. 4 de bon. damnat. (48, 20); fr. 3 de his quae ut indignis (34, 9); C. 10 eod. (6, 35).

oder Betrug den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung eines Testamentes gehindert[4]);

3) wenn er den letzten Willen des Erblassers als verfälscht angefochten, und den darüber erhobenen Prozeß verloren[5]);

4) wenn er den Familienstand des Erblassers bestritten[6]);

5) wenn er mit demselben wissentlich in einer verbotenen Ehe gelebt[7]);

6) wenn er bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Wissen über die Verlassenschaft paciscirt hat[8]);

7) wenn der Erblasser den Erben in einer späteren Willensäußerung für unwürdig erklärt[9]), oder den Namen eines eingesetzten Erben durchstreicht, oder die frühere Erbeinsetzung durch Errichtung eines späteren ungiltigen Testamentes widerruft[10]);

8) wenn Jemand in der Eigenschaft als Sohn des Erblassers zum Erben eingesetzt ist, und es zeigt sich nachher, daß er unterschoben war[10a]).

In allen diesen Fällen tritt in Das, was dem Unwürdigen entrissen wird, der Fiscus ein[11]). In anderen Fällen wird es, ohne daß dem Fiscus ein Recht zukömmt, nur so angesehen, als

---

4) Vgl. fr. 1, 2 si quis aliquem (29, 6) mit fr. 19 de his quae ut indignis (34, 9); Nov. 115 cap. 3 §. 9.

5) Fr. 5 pr. §. 1 sequ., fr. 7, 15, 22 de his quae ut indignis; Constit. 6 eodem; fr. 13 §. 9 de jure fisci (49, 14); Constit. 6 ad leg. Cornel. de falsis (9, 22). Gleiches gilt (nach den angef. Stellen) von Demjenigen, der eine solche Anfechtung, ohne durch eine ihm obliegende Pflicht dazu genöthigt zu seyn, unterstützt hat. Die Entreißung trifft Dasjenige, was dem Unwürdigen in dem angefochtenen letzten Willen zugewendet ist. Von Entreißung wegen grundloser Anstellung der querela inofficiosi siehe unten §. 663.

6) Fr. 9 §. 2 de his quae ut indignis (34, 9).

7) Fr. 2 §. 1, 2 eodem; C. 4 de incest. nupt. (5, 5).

8) Fr. 2 §. 3 de his quae ut indignis (34, 9).

9) C. 4 eod. (6, 35).

10) Fr. 12, 16 §. 2 eodem. Ob dieser Indignitätsfall dem praktischen Rechte noch angehöre, dürfte zu bezweifeln seyn.

10a) Fr. 46 pr. de jure fisci (49, 14).

11) Der Fiscus hat zur Realisirung seines Rechtes eine persönliche Klage gegen den Erben, kann sich aber auch der her. pet. (s. §. 577) bedienen.

sey der Unwürdige gar nicht berufen gewesen. Auf diese Weise werden als unwürdig ausgeschlossen:

1) wer eine ihm vom Erblasser übertragene Vormundschaft nicht annimmt [12]);

2) Geschwister des Erblassers, wenn sie gegen diesen Lebensnachstellungen, oder eine Criminalklage, oder Machinationen gegen dessen Vermögen unternommen haben [13]);

3) die Mutter und andere Verwandten des unmündigen oder wahnsinnigen Erblassers, wenn sie auf Bevormundung desselben anzutragen versäumt haben [14]).

Hatte der Unwürdige die Erbschaft bereits erworben, und die dadurch eingetretene Confusion seinen Rechten gegen den Erblasser ein Ende gemacht, so werden diese, der Entreißung ungeachtet, nicht wieder hergestellt [15]). Uebrigens ist Derjenige, der an die Stelle des Unwürdigen tritt, gleich diesem zur Bezahlung der Schulden [16]) und Entrichtung der Vermächtnisse verbunden [17]).

---

12) Vorausgesetzt ist, daß die Honorirung mit Rücksicht auf die zu übernehmende Vormundschaft geschehen war. Fr. 28 §. 1, fr. 32—36 §. 1 de excus. (27, 1). Vgl. fr. 1 §. 3 ubi pup. educ. deb. (27, 2); fr. 5 §. 2 de his quae ut indignis. S. Zimmern a. a. O. S. 89. Vangerow a. a. O. S. 602.

13) Nov. 22 cap. 47 pr. Vangerow a. a. O. S. 605.

14) Vgl. C. 10 de legit. (6, 58) mit C. 3 ad SC. Tertull. (6, 56). — Ueber das Nähere vgl. Vangerow a. a. O. S. 604. Vergl. auch C. 6 ad SC. Tertull. Vangerow a. a. O. S. 605 Nr. 2.

15) Fr. 8 de his quae ut indignis (34, 9).

16) Fr. 18 §. 1 eod.

17) Fr. 5 §. 4 eod. Vgl. fr. 3 de his quae in test. del. (28, 4).

Drittes Hauptstück.

# Von den übrigen Arten der Succession von Todes wegen.

---

## §. 598.

### Vorbemerkung.

Die directe Erbfolge ist die Grundlage jeder Succession in das Vermögen eines Verstorbenen. Unter Voraussetzung derselben kann

1) durch Anordnung von Vermächtnissen eine besondere Succession in einzelne Rechtsverhältnisse des Erblassers stattfinden (s. oben §. 516);

2) das Ganze des Nachlasses oder ein intellectueller Theil desselben Gegenstand einer weiteren Universalsuccession dadurch werden, daß der Erblasser den Erben mit einem Universalfideicommisse beschwert, und

3) eine Erwerbung von Todes wegen (mortis causa capio) noch durch Verfügungen anderer Art begründet werden [1]).

Die Anordnung eines Vermächtnisses, eines Universalfideicommisses oder einer mortis causa capio kann nicht nur in einem Testamente, sondern auch in einem Codicille geschehen. Dem zu Folge scheint es sachgemäß, der Erörterung der gedachten drei Successionsarten die Lehre von den Codicillen voranzuschicken.

---

1) Vergl. unten §. 650. Die Schenkung von Todeswegen (§. 647 f.) ist keine Gabe aus der Erbschaft, setzt also keine Beerbung des Schenkers voraus. Fragm. 38 de mortis causa donat. (39, 6): „. . . mortis causa donatur, quod praesens praesenti dat.“ Puchta, Pand. §. 72.

### Erster Abschnitt.

## Von dem Codicille [1]).

### §. 599.

### I. Begriff und allgemeine Bemerkungen.

Codicill heißt jede letztwillige Verordnung, welche kein Testament ist [1a]) (s. oben §. 521). In einem solchen kann keine Erbeinsetzung (weder In- noch Substitution) und keine Enterbung vorgenommen oder aufgehoben [2]), eben so wenig die Bedingung einer testamentarischen Erbeinsetzung erlassen, oder der letzteren eine

---

1) Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen (2 Bde. 1835) Band I. S. 1—73. Danz in der Gießener Zeitschrift IX, Nr. 8. Vangerow Bd. II. §. 526 S. 449 f. Fein in Glücks Comm. XLIV.

1a) Nach dieser Begriffstellung gehört zu den Codicillen (gleichsam als Rest der ursprünglichen Errichtungsweise) auch die formlose Mittheilung an den Onerirten, von welcher §. 608 spricht. Es wird ja auch eine vom Soldaten in Uebung des Streites ohne alle Form erklärte Verfügung (§. 529) unter den Begriff des Testamentes resp. Codicilles gestellt. Siehe §. 601 Note 8. Gemeinhin versteht man unter Codicillen — im Gegensatze zu jener formlosen Mittheilung — nur solche dem Inhalte nach kein Testament darstellende letztwillige Verordnungen, welche mit der nach Analogie der Testamentssolennien eingeführten Form (§. 601) versehen sind. Vgl. Fein a. a. O. §. 1509 a. E.

2) §. 2 Inst. de codic. (2, 25); fr. 6 pr., fr. 10 de jure codic. (29, 7); C. 2, 7 de codic. (6, 36). Siehe jedoch oben §. 548 zu Note 4 und §. 550; ferner fr. 36 pr. de test. mil. (29, 1): „Militis codicillis ad testamentum factis, etiam hereditas jure videtur dari." Vgl. auch fr. 36, 77 de her. instit. (28, 5) und oben §. 535 Nr. 6; ferner fr. 2 §. 4 de jure codic. und fr. 76 ad SC. Treb. (36, 1). Siehe Mühlenbruch in Glücks Comment. XXXVIII, S. 389, XL, S. 387. Fein a. a. O. §. 1511. Vangerow a. a. O.

Bedingung hinzugefügt[2a]), wohl aber jede andere Verfügung getroffen werden[3]).

Es kann Jemand mehrere Codicille hinterlassen, welche nebeneinander gelten[4]). Wenn jedoch eine Verfügung des späteren einer Verfügung des früheren geradezu widerstreitet, so ist letztere für aufgehoben zu achten[5]). Uebrigens wird die Fähigkeit zu testiren (§. 532) auch zur Errichtung eines Codicills erfordert[6]). Was ferner von Testamenten in Ansehung der Eröffnung, der Vollstreckung und des Beweises gesagt wurde (s. oben §. 552, 553, 580), gilt auch von Codicillen.

## §. 600.

## II. Arten der Codicille[1]).

Die Codicille sind entweder codic. ab intestato, wenn der Erblasser kein Testament hinterlassen hat[2]), oder cod. testamentarii, wenn ein solches vorhanden ist. Letztere sind entweder in dem Testamente bestätigt, oder nicht. Die Bestätigung kann sich nicht nur auf die Vergangenheit, d. h. auf die früher errichteten Codicille beziehen[3]), sondern auch für die künftig zu errichtenden zum Voraus erklärt werden. Dieselbe ist indessen zur Wirksamkeit des Codicills nicht erforderlich[4]), insbesondere gilt ein vor

---

2a) §. 2 Inst. cit., fr. 27 §. 1 de condit. instit. (28, 7). Fein a. a. O. S. 78 f.

3) Vgl. die Citate der vorigen Note. S. jedoch §. 600 Note 4.

4) §. 3 Inst. de cod. (2, 25); fr. 6 §. 1 de jure cod. (29, 7).

5) C. 3 eodem (6, 36).

6) Fr. 6 §. 3 de jure cod.; fr. 8 §. 2 eodem; C. 6 eodem. Vgl. indessen fr. 8 §. 3 eodem; fr. 12 §. 5 de captiv. (49, 15). Vangerow a. a. O. S. 451. Fein a. a. O. S. 53, 285 f.

1) Fr. 8 pr. de codic. (29, 7): „Conficiuntur codicilli quatuor modis: aut enim in futurum confirmantur, aut in praeteritum, aut per fideicommissum testamento facto, aut sine testamento." Fein a. a. O. §. 1511 a & b.

2) §. 1 Inst. de cod.: „Sed et intestato quis decedens fideicommittere codicillis potest."

3) Fr. 18 de jure cod. (29, 7).

4) §. 1 Inst. eod. Die Ernennung des Vormundes (Begründung der s. g.

dem Testamente errichtetes Codicill (als testamentarisches), wenn es gleich in jenem nicht bestätigt ist; vorbehaltlich des Nachweises entgegenstehender Willensmeinung des Testirers[5]).

Die Intestatcodicille haben ein selbstständiges Daseyn[6]), die testamentarischen werden als ein Bestandtheil des Testamentes betrachtet, mit welchem sie stehen, fallen und wiederaufleben[7]); was jedoch nicht ausschließt, bezüglich factischer Zustände, von welchen Wirksamkeit oder richtige Auffassung der Codicillarverfügung abhängt, auf die Zeit der Codicillerrichtung zu sehen[8]).

## §. 601.

## III. Form der Codicille.

Im Falle der öffentlichen Errichtung, welche ganz wie bei dem öffentlichen Testamente geschieht (s. oben §. 532), ist eine weitere Form nicht erforderlich. — Zur regelmäßigen Form des Privatcodicilles, sowohl des mündlichen als schriftlichen[1]), und ohne Unterschied des Intestat- und testamentarischen[2]), bestätigten und nicht bestätigten Codicilles[3]), wird die Zuziehung von fünf

---

tut. testam. perfecta) kann nur in einem Testamente oder in einem bestätigten Codicille geschehen. S. oben §. 496.

5) §. 1 Inst. cit. Abweichend war das ältere Recht. Fr. 5 de jure codic. (29, 7). Vergl. Fein a. a. O. S. 168 f., insbesondere über den Fall der Errichtung eines Codicilles nach einem von Anfang an nichtigen oder schon damals nichtig gewordenen Testamente — ebd. S. 198 f.

6) Sie werden so ausgelegt, als ob sie eine stillschweigende Einsetzung des gesetzlichen Erben enthielten, mit dem Auftrage, den Inhalt des Codicills zu erfüllen. Vgl. fr. 3 pr. §. 1, fr. 8 §. 1, fr. 13 §. 1, fr. 16 eod.

7) Fr. 3 §. 2, fr. 8 §. 3, fr. 10, 14 pr., fr. 16 in f. eod.

8) Vergl. fr. 2 pr. §. 1, fr. 4, fr. 6 §. 4, fr. 7 pr. §. 1, fr. 8 §. 4 eodem; fr. 17 §. 4 de testam. milit. (29, 1); fr. ult. ad legem Falcid. (35, 2). Vangerow a. a. O. S. 450 f.; Fein a. a. O. S. 256 f.

1) Vergl. fr. 5 §. 1 de re jud. (42, 1); C. 13 de sacros. eccl. (1, 2). C. 3 pr. de bon. lib. (6, 4). Fein a. a. O. S. 411 f.

2) C. 8 §. 3 de codic. (6, 36). Fein a. a. O. S. 397.

3) Die C. 8 §. 3 spricht ganz allgemein. A. M. ist J. H. Boehmer de codic. absque testibus validis (Exerc. Pand. V. Nr. 78) vergl. mit G. L. Boehmer in der praef. dazu §. 14. Siehe aber Vangerow a. a. O. S. 452 f. Seufferts Archiv I, Nr. 102, 358; II, Nr. 134.

(rogirten) Zeugen, welche zur Zeugschaft bei Testamenten fähig seyn müssen[4]) und Einheit der Handlung erfordert[5]). Bei der schriftlichen Errichtung muß der Aufsatz von dem Testirer selbst geschrieben, oder doch von ihm unterschrieben werden[6]), und nebstdem die Unterschrift der Zeugen hinzukommen[7]).

Ist der Erblasser in einer Lage, in welcher er ein privilegirtes Testament errichten kann, so kann er das Privilegium auch zur Errichtung eines Codicilles benützen[8]). Von einem weiteren Fall außer der Regel stehender Codicillarverfügungen ist unten in §. 608 die Rede.

Bei Codicillen eines Blinden ist alles Das zu beobachten, was zum Testamente eines solchen erfordert wird[9]).

---

4) Auch die Legatare und Fideicommissare sind bei Codicillen als Zeugen zulässig. §. 11 Inst. de testam. ord. (2, 10): „quia non juris successores sunt". Vgl v. Löhr im A. f. c. Pr. Bd. 2 S. 198. Fein a. a. O. S. 455 f. Weiber sind auch hier ausgeschlossen. Danz a. a. O. §. 3. Fein a. a. O. S. 435 f. Ueber das auch für Codicille geltende Erforderniß der rogatio testium (nicht entgegen C. ult. §. 3 de cod.: „... vel rogati, vel qui fortuito venerint") siehe Danz a. a. O. Fein a. a. O. S. 421 f. — Ueber Unfähigkeit der Blinden — ebd. S. 452 f.

5) Vgl. C. ult. §. 3 cit. Danz a. a. O. §. 4.

6) Vgl. C. 28 §. 1 de test. (6, 23). Das fr. 6 §. 1, 2 de jure cod. bezieht sich auf das ältere Recht. Vergl. Marezoll in v. Löhrs Magazin Band 4 Seite 162 f. Danz a. a. O. §. 5. Kann der Erblasser nicht schreiben, so hilft nach Analogie der C. 21 de test. die Zuziehung des sechsten Zeugen als subscriptor.

7) C. ult. §. 3 de cod. Das Siegeln der Zeugen ist nicht erforderlich.

8) Fr. 8 §. 4 de jure cod. (29, 7).

9) Es sind also sieben Zeugen und ein Notar, oder acht Zeugen beizuziehen. Const. 8 qui test. fac. poss. (6, 22): „quae in eundem modum &c." — Not.-Ordn. von 1512 Tit. von Testam. §. 11. v. Löhr im Archiv für civil. Praxis II, Seite 187. Abweichend Puchta, Vorlesungen zu §. 523: „Will ein blinder Testirer ein Codicill errichten, so ist ein Notar oder sechster Zeuge hinzuzuziehen, wie bei Testamenten ein octavus subscriptor."

§. 602.

## IV. Von der Codicillarclausel [1]).

Unter Codicillarclausel versteht man die einem Testamente beigefügte Verordnung, daß dasselbe, wenn es nicht als Testament bestehen könne, als Codicill gelten, oder daß dasselbe auf jede mögliche Weise erhalten werden solle[2]). Damit diese Clausel, welche sich nicht von selbst versteht[3]), den beabsichtigten Erfolg habe, nämlich die Conversion (siehe oben §. 85) eines als Testament ungiltigen[4]) letzten Willens in ein giltiges Codicill bewirken könne, wird natürlich vorausgesetzt, daß wenigstens Nichts von Demjenigen mangelt, was zur giltigen Errichtung eines Codicilles gehört. Die Clausel ist daher ohne Erfolg, wenn die Ungiltigkeit des Testamentes ihren Grund in der Unfähigkeit des Erblassers oder in einem Fehler der Willensbestimmung[5]) oder Willenserklärung

---

1) Roßhirt a. a. O. Bd. I. S. 45 f. Vangerow, Bd. II. §. 527.

2) Vgl. fr. 29 pr. §. 1 qui test. fac. poss. (28, 1); fr. 88 §. 17 de legat. II. (31).

3) Fr. 41 §. 3 de vulg. et pup. substit. (28, 6); fr. 29 qui testamentum facere possunt (28, 1); fr. 1, 13 §. 1 de jure cod. (29, 7); C. 8 §. 1 de cod. (6, 36). Vangerow a. a. O. S. 454. Wenn indessen der Erblasser wußte, daß sein letzter Wille nicht als Testament bestehen könne, so gilt er als Codicill, obgleich die Clausel fehlt. Arg. fr. 13 §. 1 eod. Auch im Testamente des Soldaten ist die Clausel nicht erforderlich. Fr. 3 de test. mil. (29, 1).

4) Ist das Testament als solches giltig, so heißt es von der beigefügten Clausel: superflua non nocent. Uebrigens ist das hier von ungiltigen Testamenten Gesagte auch auf anfechtbare zu beziehen. S. jedoch Note 9.

5) Deßwegen ist sie auch bei dem testamentum inofficiosum ohne Erfolg. Fr. 13 de inoff. testament. (5, 2): „Paulus notat nec fideicommissa ab intestato data deberi, *quasi a demente.*“ Vergl. fr. 36 de legatis III. (32). Vergleiche indessen die von Vangerow a. a. O. S. 457 geäußerten Bedenken. Eine nach den Vorschriften der Nov. 115 anfechtbare Erbeinsetzung kann durch Vermittlung der Clausel als Fideicommiß (abzüglich des Pflichttheiles und der Quart — §. 653 a. E.) aufrecht erhalten werden, vorausgesetzt, daß dem Testirer das Daseyn des verletzten Notherben bekannt war. Vangerow a. a. O. Seite 458 f. Seufferts Archiv III, Nr. 355. Erk. des O.-A.-G. zu Kiel v. 7. Februar 1849 — ebd. II, H. 2.

hat[5a]). Wohl aber kann sie wirksam seyn, wenn zwar die Form des Codicilles, nicht aber die des Testamentes beobachtet wurde[6]), wenn es an der Erbeinsetzung fehlt[7]), oder der eingesetzte Erbe nicht erwirbt[8]).

Die Wirkung der Codicillarclausel besteht darin, daß das ungiltige Testament in der Eigenschaft als Codicill aufrecht erhalten wird, und zwar, wenn noch ein älteres Testament in Kraft besteht (§. 548), als testamentarisches[9]), außerdem als Intestatcodicill.

In Folge dieser Conversion gilt die in dem ungiltigen Testamente enthaltene Erbeinsetzung als Anordnung eines Universalfideicommisses[10]), und die übrigen Verfügungen, welche eben so gut in einem Codicille, als in einem Testamente getroffen werden können, bleiben vollkommen wirksam[11]). Hat übrigens der eingesetzte Erbe das Testament als solches geltend zu machen versucht, so ist die Wirkung der Codicillarclausel für ihn verloren[12]).

---

5a) Im Falle einer unverständlichen Erbeinsetzung können zwar zufolge der Clausel die übrigen verständlichen Verfügungen des letzten Willens aufrecht erhalten werden; es kann aber die Conversion der Erbeinsetzung selbst zum Universalfideicommisse nicht eintreten. S. unten zu Note 10.

6) Vgl. fr. 1 de injusto test. (28, 3).

7) Vgl. C. 8 §. 1 de jure cod. (6, 36). Besteht der Fehler in Unfähigkeit des eingesetzten Erben, so ist wie im Falle der Note 5a zu unterscheiden. Vergl. Seuffert, Bemerk. über die Codicillarclausel S. 26.

8) Vergl. fr. 6 pr. siquis omiss. caus. test. (29, 4) mit C. 14 de fideicomm. (6, 42). Mühlenbruch in Glücks Commentar XXXIX, Seite 74 Note 95.

9) Vgl. fr. 2 de injusto &c. test. (28, 3). Bloße Anfechtbarkeit des neuern Testamentes hindert die Entkräftung des früheren im Allgemeinen nicht. S. Note 3 zu §. 548.

10) Vergl. fr. 12 §. 1 eodem; §. 2, 3 Inst. quib. mod. test. infirm. (2, 17); fr. 88 §. 17 de legat. II. (31).

11) Auch im Falle des test. destitutum. Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 49.

12) Constitut. 8 §. 1 de jure codic. (6, 36). Vergl. jedoch Constit. 8 §. 2 eodem: „Siquis vero ex parentibus utriusque sexus, ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus, cognationis nexu constrictus usque ad tertium, scriptus heres fuerit nuncupatus, in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit

## Zweiter Abschnitt.

# Von den Vermächtnissen [1]).

## §. 603.

### I. Begriff.

Vermächtniß (legatum, fideicommissum, singulae rei) ist die letztwillige Verfügung, durch welche der Erblasser eine besondere Succession in einzelne Rechtsverhältnisse anordnet [1a]). Auch der Gegenstand einer solchen Verfügung wird Vermächtniß oder Legat genannt.

Jedes Vermächtniß enthält einen Vortheil, welcher dem Legatar vermittelst des directen Erben zugewandt wird [2]), indem entweder der Letztere unmittelbar oder ein Anderer, welches etwas aus der Erbschaft durch den Erben erhält, das Vermächtniß erfüllen soll. Hiernach kommen bei jedem Vermächtniß zwei Personen vor: der Honorirte (Legatar) und der Onerirte (dem der Erblasser die Auflage der Erfüllung gemacht hat).

---

obtinere: licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare." — Ob die Geltendmachung als Testament auf dem Wege der Klage oder auf dem der Einrede geschieht, macht keinen Unterschied. Seuffert a. a. O. S. 2—26.

1) Roßhirt, die Lehre von den Vermächtnissen. 1835. 2 Bände. Vergl. Vangerow, Band II. Seite 409. Arndts im Rechtslexikon VI, S. 279 f.

1a) Fr. 116 pr. de legat. I. (30): „Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quod collatum velit." Fr. 36 de legatis II. (31): „Legatum est donatio testamento relicta." Vom römischen Unterschiede der Legate und Fideicommisse vergl. Gajus, Lib. II. §. 260—289. Ulpianus, Tit. 24, 25. v. Löhr im Mag. IV, S. 78. Marezoll in der Gießener Zeitschrift IX, S. 63 f. Roßhirt a. a. O. Bd. I. S. 92 f.

2) Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 452.

§. 604.

## II. Subjecte.

### A. Im Allgemeinen.

Von Seite des Erblassers ist die giltige Anordnung eines Vermächtnisses durch dessen Fähigkeit, zu testiren, bedingt [1]). Die Auflage eines Vermächtnisses kann Jedem gemacht werden, welcher aus dem Nachlasse des Erblassers nach dessen freiem Willen etwas von Todes wegen mittelbar oder unmittelbar erwirbt [2]). Daher

1) sowohl Intestat- als Testamentserben [3]), sowohl In- als Substituten [4]), dem directen sowohl als dem Fideicommißerben [5]); nicht minder

2) den Legataren [6]), Schenknehmern und sonstigen Erwerbern

---

1) Fr. 2, fr. 114 pr. §. 1 de legat. I. (30); fr. 1 §. 2 de legat. III. (32). Ueber fr. 1 §. 1, 5 eodem vergl. mit fr. 3 §. 2 de jure codic. — siehe Roßhirt a. a. O. S. 237 Note 1. Vangerow, Bd. II. §. 520.

2) Fr. 1 §. 6 de legatis III. (32): „vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur". Vergl. fr. 92 §. 2 de legat. I. (30); C. 9 de fideic. (6, 42). Wer nur erwirbt, was ihm der Erblasser nicht entziehen konnte, dem kann er kein Vermächtniß aufbürden. Fr. 114 §. 1 de legat. I.; fr. 67 §. 1, 2 de legat. II. vgl. mit fr. 2, 6 §. 1 de legat. III.; Const. 31 de fideic. (6, 42). — Dem Legatar kann aufgelegt werden, etwas Anderes, als ihm vermacht ist, einem Dritten als Vermächtniß zu entrichten. Vgl. fr. 114 §. 3 de legat. I.; fr. 54 de legat. II.

3) Vgl. C. 9 de fideic. (6, 42) mit fr. 92 §. 2 de legat. I.

4) Fr. 74 de leg. I.: „Licet imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerunt relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi." Vergl. fr. 61 §. 1, fr. 77 §. 15 de leg. II.; fr. 98 de leg. III. Ueber Onerirung des Pupillarsubstituten s. §. 543 Note 5. Vergl. noch C. 24 de legatis (6, 37). Vangerow, Bd. II. §. 521 Anm. 2 und Mühlenbruch in Glücks Comm. XL, S. 397 f.

5) §. 1 Inst. de singulis rebus per fideic. rel. (2, 24).

6) Pr. Inst. eod.

von Todes wegen[7]; jedoch so, daß Keiner von diesen verbunden ist mehr herauszugeben, als ihm der Erblasser zugewandt hat[8]).

3) Auch den Erben der Erben, Legatare u. s. w. kann der Erblasser ein Vermächtniß auflegen[9]).

Personen, welche unfähig sind, als Erben eingesetzt zu werden, können auch kein Vermächtniß empfangen[10]). Die Fähigkeit zur Zeit des Anfalles genügt nicht, sie muß auch schon bei Errichtung des Vermächtnisses vorhanden gewesen seyn[11]).

Uebrigens kann ein Erbe zugleich Legatar seyn[12]), dem Legatar ebenso wie dem Erben substituirt[13]), auch dieselbe Sache mehreren Personen zusammen (als Collegataren) vermacht werden[14]).

---

7) Fr. 77 §. 1 de legat. II. (31); fr. 3 pr. de legat. III. (32). Vergl. auch fr. 96 §. 4 de legat. I. (30). Seufferts Archiv II, Nr. 210.

8) §. 1 Inst. de sing. rebus per fideic. rel.; fr. 8 pr. de leg. III. (32); fr. 70 §. 1 de leg. II. Jedoch muß sich der Onerirte, wenn er das Vermächtniß später entrichten soll, die mittlerweile gezogenen Früchte und Zinsen anrechnen lassen, fr. 70 §. 1, 2 de legat. II., fr. 114 §. 3 de legat. I.; nicht aber den sonstigen von ihm vermittelst der vermachten Sachen gemachten Gewinn. Fr. 70 §. 1 cit. — Wegen Nichterrichtung eines Inventars kann der Erbe auch über den Bestand der Erbschaft hinaus verpflichtet werden. Nov. 1 cap. 2 §. 2. Dies fällt jedoch weg, wenn der Testirer dem eingesetzten Erben die Errichtung des Inventars erlassen hat. Seufferts Archiv III, 79.

9) Fr. 5 §. 1, fr. 6 de legat. III.

10) §. 24—27 Inst. de legat. (2, 20). Vergl. indessen fr. 11 de alim. legat. (34, 1). S. unten §. 637 Nr. 1. Die in §. 519 hinsichtlich juristischer Personen angeführte Beschränkung ist auf Legate nicht zu beziehen. Fr. 117, 122 de legat. I.; fr. 73 §. 1 eodem; fr. 20 §. 1, fr. 23, 24 de annuis legat. (34, 1); fr. 38 §. 6 de legat. III.; fr. 20 de rebus dubiis (34, 5). Savigny, System II, S. 305.

11) S. unten §. 625. Puchta, Vorl. zu §. 522; Mühlenbruch, Pand. §. 743. Fr. 7 pr. de legat. III. und fr. 104 de condit. et dem. (35, 1) beziehen sich auf eine singuläre, heutzutage unpraktische Ausnahme. Averanii interpr. IV, 21 Nr. 2.

12) Vergl. §. 605.

13) C. un. §. 7 in f. de cad. toll. (6, 51).

14) §. 8 Inst. de legat. (2, 20); fr. 34 §. 11 de legat. I. (30). Vgl.
a) C. 4 de V. S. (6, 38): „. . . Cum quidam sic scripsisset: *Illi aut illi do lego*, melius nobis visum est, conjunctionem *aut* pro *et*

Auflagen, bei welchen nicht erhellt, zu wessen Vortheil sie gereichen sollen (nuda praecepta)[15]), deßgleichen solche, deren Realisirung der reinen Willkür des Onerirten überlassen ist, sind unwirksam[16]).

## §. 605.

## B. Insbesondere.

### 1) Von Prälegaten[1]).

Prälegat heißt dasjenige Vermächtniß, welches ein Miterbe nebst seinem Erbtheile erhalten soll[2]). Ist die Entrichtung desselben einem anderen Miterben oder einem Legatar ausdrücklich aufgelegt, so ist es anderen Vermächtnissen vollkommen gleich[3]).

---

accipi." Siehe aber fragm. 24, 67 §. 7, fr. 77 §. 4 de legatis II. (31).

b) Fr. 10 de rebus dubiis (34, 5): „. . . Si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint aequa caritate conjuncti: verius est, legatum impediri."

c) Auch bei Collegataren werden re tantum conjuncti, verbis tantum conjuncti und re et verbis conjuncti von einander unterschieden. Vergl. §. 8 Inst. de legat. (2, 20); fr. 67 §. 1 de legat. I. (30); fr. 89 de leg. III. (32); fr. 2 pr. de instructo et instrum. legato (33, 7); fr. 142 de verb. signif. (50, 16); C. un. §. 11 de caduc. toll. (6, 51).

15) Fr. 114 §. 14 de legat. I. (30); fr. 38 §. 4 de leg. III. (32). Pufendorf, Obs. II, 90.

16) Fragment. 4 §. 7 de legatis III. (32). Vinnii selectae quaest. lib. II. cap. 25.

1) B. W. Pfeiffer de praeleg. Marb. 1798. v. d. Pfordten de praeleg. 1832. Vangerow, Bd. II. §. 523.

2) Die Absicht des Erblassers bei Anordnung von Prälegaten kann darin bestehen, diesem oder jenem Miterben einen Voraus vor den anderen zuzuwenden, oder auch durch Zuweisung bestimmter Erbschaftssachen an die einzelnen Miterben insoweit das Geschäft der Erbtheilung zu besorgen. Vgl. §. 591 Note 7. — Die Bedingung für die Erbeinsetzung gilt im Zweifel auch für das Prälegat. Fr. 18 §. 1 de condit. instit. (28, 7); fr. 77 pr. de cond. et dem. (35, 1).

3) Fr. 75 §. 1 de legat. II. (31). C. 1 si certum petatur (4, 2).

Wenn hingegen das Prälegat ohne Bezeichnung eines Onerirten angeordnet ist, und hiernach die Entrichtung allen Miterben, jedem nach Verhältniß seines Erbtheiles obliegt, so bekommt entweder der Prälegatar (sofern er wirklich Erbe wird)[4]) den Antheil des Vermächtnisses, welchen er sich selbst entrichten müßte, nicht als Vermächtniß, sondern als Mehrung seines Erbtheiles[5]), oder er bekömmt ihn gar nicht, nämlich wenn er einen Collegatar hat, in welchem Falle er diesem accrescirt[6]).

Sind von den Miterben mehrere mit demselben Vermächtnisse honorirt, so theilen sie, insofern es die übrigen Miterben zu entrichten haben, nicht nach Verhältniß ihrer Erbtheile, sondern nach Köpfen[7]).

---

4) Fr. 17 §. 2, fr. 91 §. 2 in fine de legatis I. (30). Vergl. Const. 12 de legat. (6, 37). Wird der Prälegatar nicht Erbe, so ist das Prälegat als gewöhnliches Vermächtniß wirksam. S. jedoch fr. 88 de leg. I.; ferner Note 2 a. E. und unten §. 645.

5) Fr. 18 §. 3 eod. Vergl. noch fr. 1 §. 6 quod legatorum (43, 3). Siehe auch fr. 18 §. 2 de his quae ut indignis (34, 9). Ueber die Wirkungen dieser Auffassung vergl. §. 595 Note 9, §. 614 a. E. der Note 17, §. 622 Nr. 3 lit. a, §. 642 lit. a. Vangerow a. a. O. Seite 429—431. Arndts a. a. O. Seite 288 f. In dem Maße, in welchem sich durch Hinzurechnung des fraglichen Prälegatantheiles der Erbtheil vermehrt, erhöht sich auch die Verbindlichkeit zur Uebernahme von Erbschaftsschulden. Vgl. indessen §. 585. Die Transmission dieses Prälegatantheiles geschieht nicht nach Dem, was für Vermächtnisse Rechtens (§. 611), sondern nach den Grundsätzen von Transmission des Erbrechts (§. 574). Vgl. fr. 75 §. 1 de leg. II. (31).

6) Fr. 34 §. 11, 12 de legat. I.: „Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus est: unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam." Fr. 67 §. 1, fr. 116 §. 1 eodem. Vgl. hierüber Vangerow a. a. O. S. 431 lit. B. Ein Mithonorirter, welcher bloß verbis conjunctus (§. 593, §. 621 Note 3) ist, gilt hier nicht als Collegatar. — Vgl. noch Arndts a. a. O., welcher in Ansehung der einzelnen Folgerungen aus obigem Grundsatze äußert: „So scharfsinnig übrigens auch diese Sätze erscheinen, so werden sie doch heutzutage kaum anwendbar seyn, ohne gegen den Willen des Erblassers zu verstoßen."

7) Fr. 2 pr. de instruct. et instrum. leg. (33, 7). Vgl. fr. 67 §. 1 de leg. I. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 431 f.

## §. 606.

### 2) Von Familienfideicommissen [1]).

Der Erblasser kann anordnen, daß der Gegenstand des Vermächtnisses von dem Empfänger in der Folge anderen Personen überlassen werde. Eine solche Anordnung liegt in dem Familienfideicommisse, d. h. in dem Vermächtnisse, dessen Gegenstand beständig in der Familie des Erblassers bleiben soll (fideicommissum, quod perpetuo relinquitur familiae). Unter der Familie werden hier nicht nur alle Verwandten begriffen, sondern in deren Ermangelung auch Schwiegersohn und Schwiegertochter, sofern nämlich der Ehegatte, durch welchen sie mit dem Erblasser verschwägert sind, bereits gestorben ist [2]). Hat der Erblasser selbst über die Ordnung, in welcher die Familienglieder den Gegenstand des Vermächtnisses erhalten sollen, eine Bestimmung getroffen, so hat es dabei sein Bewenden; außerdem fällt er zuerst an die dem Grade nach nächsten Intestaterben des Erblassers, in der Folge immer an die nächsten Intestaterben des jeweiligen Besitzers [3]). Jedoch ist dieser befugt, irgend ein Familienglied nach Belieben zu seinem Nachfolger in dem Fideicommißgegenstande zu bestimmen [4]), oder mehrere gleich nahe Verwandten nach ungleichen Theilen zur Fideicommißfolge zu rufen [5]). Veräußert der Besitzer die Fideicommißsache [6]) an Jemand, der nicht Familienglied ist, so wird die

---

1) Ueber die eigenthümlichen deutschrechtlichen Familienfideicommisse vergleiche Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 158, 449. Das deutsche Institut bezweckt die Erhaltung des Namens und Ansehens der Familie, und es ist daher zunächst nur der Mannesstamm, welchem der Gegenstand zu Gute kommt; wohingegen das römische Familienfideicommiß auf Erhaltung des Gegenstandes in der Familie, ohne Bevorzugung des Mannesstammes, gerichtet ist.

2) C. 5 de V. S. (6, 38).

3) Vgl. fr. 3 pr. de jure cod. (29, 7) mit fr. 69 §. 3 de leg. II. (31).

4) Fr. 67 §. 2 eod.

5) Fr. 114 §. 17 de leg. I. (30).

6) Wenn sämmtliche Familienmitglieder einwilligen, so ist die Veräußerung zulässig und giltig. Fr. 120 §. 1 de legat. I. (30); fr. 77 §. 27 de leg. II. (31); C. 11 de fideic. (6, 42). Die Einwilligung einiger bewirkt nur,

Fideicommißfolge sofort den nach Jenem zunächst Berechtigten eröffnet[7]). Noch ist zu bemerken:

1) Hinterläßt der Erblasser seinen Kindern eine Sache mit der Auflage, solche nicht zu veräußern, so erstreckt sich das Verbot nur auf die succedirenden Kinder ersten Grades[8]).

2) Die Anordnung, daß eine Sache auf immer in der Familie verbleiben soll, verliert ihre Kraft, wenn der Gegenstand bereits an die vierte Generation, vom Stifter an, gekommen ist[9]).

§. 607.

## III. Gegenstand des Vermächtnisses.

Gegenstand eines Vermächtnisses können alle (dem Verkehre nicht entzogene)[1]) Arten von Sachen seyn, körperliche und un-

---

daß diese von der petitio fideicommissi ausgeschlossen sind. Fr. 77 §. 27 cit., C. 11 cit.

7) Fr. 69 §. 3 de legatis II. (31). Siehe jedoch von der nothwendigen Veräußerung — fr. 69 §. 1 eod. Der Eintritt der Fideicommißfolge gewährt den Berechtigten die petitio fideicommissi gegen jeden Besitzer der Fideicommißsache. Vgl. fr. 69 §. 3 cit.

8) Nov. 159 cap. 1.

9) Nov. 159 cap. 2. Pfeiffer, prakt. Ausführungen III, Seite 54 f. — Siehe dagegen Marezoll in v. Löhrs Magazin IV, S. 203 f. Die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift kann übrigens durch eine geradezu dagegen gerichtete Erklärung des Testirers ausgeschlossen werden. Pfeiffer a. a. O. S. 68.

1) §. 4 Inst. de legat. (2, 20); fr. 39 §. 9, 10 de legat. I.; C. 14 de legat. (6, 37). Daß die vermachte Sache extra commercium des Onerirten ist, hindert die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht. Fr. 49 §. 3 de legatis II. Wenn aber Jemand eine ihm zugehörige Sache einer Person vermacht, welche in Folge gesetzlichen Verbotes das commercium derselben nicht hat, so ist das Vermächtniß ungiltig; während, wenn in solchem Falle eine fremde Sache vermacht ist, der Legatar den Werth derselben fordern kann, was auch dann eintritt, wenn die Sache nicht wegen gesetzlichen Verbotes, sondern wegen zufälliger factischer Gründe dem commercium des Legatars entzogen ist. Vergl. fr. 49 §. 2 eodem mit fr. 40, fr. 114 §. 5 de legatis I.; fr. 11 §. 16 de legatis III. J. C. C. Glück ad fragm. Julii Pauli ex libro ejus V. ad legem Jul. et Pap. quod exstat in l. 49 §. 2 de leg. II. Erlang. 1817. Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 440 f.

körperliche (d. h. Rechte)[2]), gegenwärtige[3]) und zukünftige[4]), einzelne Sachen und Sachengesammtheiten (universitates rerum), sowohl Sachen im Individuum als der Gattung nach, insbesondere auch Sachen, die dem Erblasser nicht gehören (s. unten §. 631). Auch Handlungen, welche erlaubt und dem Legatar nützlich sind, kommen als Gegenstand von Vermächtnissen vor[5]).

Eine Reihe von Fällen, in welchen nach Verschiedenheit des Gegenstandes eigenthümliche Grundsätze Platz greifen, wird unten (§. 631 f.) in besonderen Sätzen dargestellt werden[6]).

Ist ein unbestimmtes Individuum aus einer Gattung von (nicht vertretbaren) Sachen vermacht, so hat das Vermächtniß nur insofern Erfolg, als sich Individuen der fraglichen Gattung in der

---

2) Fr. 41 pr. de legatis I.; §. 21 Inst. de legatis (2, 20). Siehe unten §. 632, 633. Ueber Bestellung von Pfandrechten durch letzten Willen vgl. fr. 26 pr. de pign. act. (13, 7); C. 1 commun. de legat. (6, 43) mit fr. 9 de annuis legatis (33, 1) und fr. 12 de alim. leg. (34, 1).

3) Ueber das Vermächtniß einer nicht oder zum Theile nicht existirenden Sache — siehe fragm. 108 §. 10 de legatis I. (30); fr. 8 §. 2 de legatis II. (31).

4) Vgl. fr. 1 §. 3 de cond. et dem. (35, 1): „Inest autem conditio legato, veluti cum ita legamus: Quod ex Arethusa natum fuerit, heres dato: aut, fructus, qui ex eo fundo percepti fuerint, heres dato.“ Vgl. fr. 25 §. 1 quando dies (36, 2); §. 7 Inst. de leg. (2, 20); fr. 24 pr. de leg. I.; fr. 15, 17 pr. de leg. III.

5) Fr. 12 de leg. III.; fr. 112 §. 3 de leg. I.

6) Thibaut, P.-R. §. 749 (Ausg. 8 §. 900) macht die Bemerkung: „Die Pandekten enthalten in einer Reihe einzelner Titel mannigfaltige Erörterungen über verschiedene Arten von Legaten, welche aber zum Theile in ein System des geltenden Rechtes nicht aufgenommen werden können, da sie mehrentheils nur etymologische Erörterungen enthalten, welche zum Theile aus dem bloßen Worte geradezu folgen, theils dem deutschen Juristen bei deutschen Legaten nur als Muster, nicht aber als Rechtsentscheidung nützen können. Diese Titel sind folgende: Lib. XXXIII. Tit. 3 de servitute legata; Lib. XXXIII. Tit. 6 de tritico vino et oleo leg.; Lib. XXXIII. Tit. 7 de instructo vel instrumento legato; Lib. XXXIII. Tit. 8 de peculio legato; Lib. XXXIII. Tit. 9 de penu legata; Lib. XXXIII. Tit. 10 de suppellectile legata; Lib. XXXIV. Tit. 2 de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis.“

Erbschaft finden [7]). Ist es zweifelhaft, welche von mehreren Sachen Gegenstand des Vermächtnisses sey, so kann der Onerirte nach Belieben diese oder jene geben [8]).

Hat der Erblasser dieselbe Person in mehreren Sätzen seines letzten Willens honorirt, so bekömmt der Legatar, wenn überall eine und dieselbe Sache vermacht ist, nichts weiter als diese Sache [9]).

Wurde dieselbe Person mehrfach mit Summen ohne nähere Angabe bedacht [9a]) und zwar unter Bezeichnung verschiedener Onerirten oder in getrennten letztwilligen Verfügungen (z. B. Testament und späterem Codicill), so gebührt ihr im Zweifel das Ergebniß der Zusammenrechnung [10]); außerdem bei mehrmaliger

---

7) Fr. 71 pr. de legatis I. (30); „Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quae *domus*, cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: quod si nullas aedes reliquerit, magis derisorium est, quam utile legatum." Vergl. fr. 24 §. 3 eodem. Der Umstand, daß sich Individuen der fraglichen Gattung in der Erbschaft finden, macht übrigens das Vermächtniß nicht wirksam, wenn der Gattungsbegriff so vag ist, daß mit der Gattungsbezeichnung allein eine praktische Bestimmung des Gegenstandes nicht gegeben ist; so wenn ein „Grundstück" vermacht ist. Fr. 69 §. 4 de jure dot. (23, 3). Puchta, Pand. §. 529. Vangerow, Band II. §. 549. Auf das Vorfinden in der Erbschaft kommt es nicht an, wenn eine Quantität vertretbarer Sachen vermacht ist (§. 615 Note 8), indem hier der Onerirte das Vermachte anzuschaffen hat; wohl aber, wenn vertretbare Sachen, z. B. Geld, ohne Bestimmung der Quantität Gegenstand der Zuwendung sind, in welchem Falle das Vermächtniß umfaßt, was von der Art Sachen in der Erbschaft sich vorfindet. Vgl. fr. 3 pr. de tritico oleo legato (33, 6) mit fr. 1, 2, 3 §. 1, fr. 6 sequ. eodem; fr. 51 de legat. I. Siehe auch Arndts im Rechtslexikon VI, S. 334, welcher es mit Grund für wirksam hält, wenn z. B. einem Offizier ein dienstfähiges Reitpferd, einem Lohnkutscher ein Paar gute Wagenpferde, einem Landmanne ein Paar Zugochsen oder Milchkühe, oder wenn Jemand ein seinem Stande und Bedürfnisse angemessenes Wohnhaus in einer bestimmten Stadt vermacht worden.

8) Fr. 32 §. 1, fr. 37 §. 1, fr. 39 §. 6 de leg. I. Donelli Comm. VIII, 19.

9) Fr. 34 §. 1 de leg. I. (30); fr. 66 pr. de leg. II. (31).

9a) Schrader im A. f. c. Pr. XXXIII, Nr. 1.

10) Vergl. fr. 44 §. 1 de legatis II. mit fr. 12 de probat. (22, 3). Nicht entgegen die Schlußworte des fr. 9 de adimend. legatis (34, 4): „Idem est et si in codicillis id fuerit factum", welche im Hinblicke auf die Betonung des „duas scripturas ostendere" in fr. 12 cit. nicht auf den

Vermachung derselben Summe diese nur einmal [11]) und bei Verschiedenheit der Beträge nur der höhere [11a]).

Ist dieselbe Sache zuerst dem Einen und hinterher noch einem Andern vermacht, so ist vorerst zu untersuchen, ob nicht der Erblasser durch die zweite Bestimmung die vorhergegangene habe aufheben wollen. Im Zweifel concurriren die beiden Personen als Collegatare. Muß aber angenommen werden, daß der Erblasser Jedem von ihnen das Ganze bestimmt habe, so bekommt der Eine die Sache, dem Andern wird der Werth vergütet, so daß Derjenige, der das Legat zuerst einfordert, wählen kann [12]).

Ist dem Einen die Sache schlechthin, dem Andern ein Theil derselben vermacht, so bekommt Jener, was Dieser übrig läßt [13]).

Alle diese Grundsätze sind nur Auslegungsregeln, welche bloß insofern zur Anwendung kommen, als nicht eine abweichende Willensmeinung des Erblassers vorliegt.

§. 608.

## IV. Von der Errichtung der Vermächtnisse.

### A. Form der Errichtung.

Die Errichtung eines Vermächtnisses kann in dem Testamente des Erblassers oder in einem Codicille geschehen. Liegt dem An-

---

Fall bezogen werden können, wenn in dem zu einem früheren Testamente später errichteten Codicille nur die quinquaginta (vgl. Note 11a) vermacht sind. — Abw. Schrader a. a. O.

11) Fr. 34 §. 3 de legatis I.

11a) Fr. 9 de adimendis legatis (34, 4): „Si in eodem testamento, in quo centum adscripserat, postea quinquaginta reliquerit, siquidem alia voluit esse haec quinquaginta, centum quinquaginta debebuntur, sin vero quinquaginta tantum deberi voluit, quinquaginta tantum debebuntur.“ Wenn der Legatar 150 verlangt, so muß er den Beweis (testatorem voluisse) liefern; ebenso trifft den Onerirten die Beweislast, wenn er nur 50 geben will; in Ermangelung solchen Beweises von der einen oder andern Seite sind 100 zu entrichten. Abw. Schrader a. a. O. — Eine Reihe anderer von Schrader benützter Fragmente bezieht sich auf einzelne Fälle mit factischen relevanten Besonderheiten.

12) Fr. 33 de legatis I. Vgl. C. 7 pr. de legatis (6, 37).

13) Fr. 1 pr. de auro legato (34, 2).

spruch auf ein Vermächtniß (oder auf mehr als zugestanden wird) die Behauptung zu Grunde, der Erblasser habe seine auf die fragliche Zuwendung gerichtete Willensmeinung dem Onerirten eröffnet, und wird Letzterem darüber der Eid zugeschoben, so muß er, ohne daß es auf Beobachtung einer Form der Errichtung ankömmt, nach vorgängiger Leistung des Calumnieneides von Seite des Deferenten entweder den zugeschobenen Eid leisten oder das angesprochene Vermächtniß entrichten [1]).

## §. 609.

## B. Willensbestimmung und Willenserklärung.

In Ansehung der Willensbestimmung und Willenserklärung gelten bei Vermächtnissen dieselben Grundsätze, wie bei Erbeinsetzungen [1]). S. oben §. 534, 535. Nebstdem ist zu bemerken:

---

1) Constit. ult. de fideic. (6, 42) und §. 12 Inst. de fideic. hered. (2, 23). Ob die Eröffnung der Willensmeinung an den Onerirten (s. g. Oralfideicommiß — fideicommissum heredi praesenti injunctum) mündlich und persönlich, oder durch einen Brief geschah, macht keinen Unterschied. Vgl. über die verschiedenen Meinungen Arndts im Rechtslexikon VI, S. 292; Vangerow, Bd. II. §. 528. Im Hinblick auf die Worte der C. 32: „si sine scriptura" und die des §. 12 cit.: „quod nihil tale *a testatore audiverit*" wurde in Entscheidungen der obersten Gerichte zu Jena und Lübeck (Seufferts Archiv IV, Nr. 66, V, Nr. 38) mit Thibaut, Göschen, Mühlenbruch u. A. angenommen, die Wirksamkeit der obigen Bestimmung sey auf mündliche Willenserklärungen in Gegenwart des Onerirten beschränkt. — Im Falle einer in Gegenwart des Onerirten gemachten Erklärung bedarf es nicht gerade der Form einer Auflage an den Erben. Ebd. V, Nr. 38, 1). Dagegen ist die Voraussetzung dieser durch keine Form bedingten Wirksamkeit nicht gegeben, wenn sich die fragliche Willenserklärung auf einem dem Onerirten nicht mitgetheilten, der regelmäßigen Form entbehrenden Schriftstücke findet. Vangerow a. a. O. Seufferts Archiv II, Nr. 315. — Nur dem Onerirten, nicht dessen Erben, kann in solcher Weise und mit solcher Wirkung der Eid zugeschoben werden. Zur Geltendmachung gegen die Erben des Onerirten genügt es, wenn von diesem ein beweiskräftiges (z. B. in einer öffentlichen Urkunde niedergelegtes) Geständniß über die ihm formlos gemachte Auflage vorliegt. Ebend. V, Nr. 38, 4). Von Mittheilungen solcher Art an Vertragserben — ebd. 3).

1) Ueber Unschädlichkeit von Unrichtigkeiten in der Bezeichnung der Honorirten

1) Eine stillschweigende Anordnung eines Vermächtnisses kann in dem Verbote liegen, gewisse Sachen zu veräußern, sofern nur kein Zweifel über die Person obwaltet, zu deren Vortheil diese Verfügung gereichen soll[2]).

2) Die Willenserklärung zur Errichtung eines Vermächtnisses kann auch durch einen Wink geschehen; jedoch nur von solchen Personen, denen das Sprachvermögen nicht oder nur zufolge eines Krankheitsanfalles fehlt[3]).

3) Hat der Erblasser den quantitativen Betrag des Vermächtnisses anders ausgesprochen, als es seine Absicht war, so bestimmt sich das Recht des Legatars nach dieser[4]).

4) Ist es unbestimmt, ob der Testirer einen Gegenstand von höherem oder einen von geringerem Werth oder Betrag im Sinne gehabt, so muß sich der Legatar mit dem geringeren begnügen[5]).

## §. 610.

### C. Von Nebenbestimmungen bei Vermächtnissen.

In Ansehung der Nebenbestimmungen unterscheiden sich die Vermächtnisse von Erbeinsetzungen in folgenden Punkten:

1) Bei Vermächtnissen sind nicht nur Suspensivbedingungen, sondern auch Resolutivbedingungen[1]), ferner sowohl Anfangs-[2]) als Endtermine[3]) zulässig.

---

oder Gegenstände, wenn es an der Gewißheit der Willensmeinung nicht fehlt, vgl. §. 29, 30 Inst. de legatis (2, 20); fr. 17 §. 1, 2, fr. 34 pr. de cond. et dem. (35, 1). Vgl. indessen §. 520 S. 129 Nr. 2 und 3 nebst den Noten 17, 18.

2) Vgl. fr. 114 §. 14 de leg. I.; fr. 77 §. 24 de leg. II.; fr. 38 §. 4, fr. 93 pr. de leg. III.; fr. 74 pr. ad SC. Treb. (36, 1).

3) Fr. 21 pr. de legat. III. Vgl. C. 22 de fideic. (6, 42).

4) Fr. 15 pr. de legat. I.

5) Fr. 14 §. 1 de leg. I. Vgl. auch fr. 32 §. 1, fr. 37 §. 1, fr. 39 §. 6 eodem. S. übrigens oben §. 520 a. E.

1) Vgl. C. 26 de legatis (6, 37).

2) Fr. 49 pr. de legatis I. (30).

3) C. 26 de legatis (6, 37).

2) Bei (suspensiv) bedingten Vermächtnissen kann der Legatar vor Eintritt der Bedingung die einstweilige Entrichtung gegen Caution nur unter den Voraussetzungen der cautio Muciana (s. §. 538 Note 3) verlangen [4].

3) Die Zurückbeziehung der Existenz der Bedingung auf den Zeitpunkt, da der Erblasser starb, findet bei Vermächtnissen, was den Fruchtgenuß der Zwischenzeit betrifft, nicht statt [5]. — Im Uebrigen kommen die bei Erbeinsetzungen geltenden Grundsätze auch hier zur Anwendung. Zu bemerken ist noch:

a) Ist der Anfangstermin auf ein bestimmtes Alter des Onerirten oder eines Dritten gesetzt, so erlischt das Vermächtniß, wenn derselbe vor Erreichung dieses Alters stirbt [6] (s. jedoch §. 611 zu Note 8 und 9); wohingegen, wenn ein bestimmtes Alter des Onerirten oder Dritten als Endtermin festgesetzt ist, der frühere Tod desselben die Fortdauer des Vermächtnisses bis zur angegebenen Zeit nicht hindert [7].

b) Soll das Recht des Legatars so lange dauern, bis ein gewisses Ereigniß in der Person des Onerirten oder eines Dritten eintritt, so behält es der Legatar, wenn Jener stirbt, ohne daß das Ereigniß eintrat, auf seine Lebenszeit [8].

c) Ist der Anfangstermin des Vermächtnisses auf ein bestimmtes Alter des Honorirten gesetzt, so erlischt es mit dessen früher erfolgtem Tode [9], sofern nicht die Zeitbestimmung blos die Berichtigung des Vermächtnisses hinausschieben sollte, welches vermuthet

---

4) Fr. 72 §. 2, fr. 77 §. 2, fr. 101 §. 3, fr. 106 de cond. et dem. vergl. mit fr. 7 pr., fr. 67 eod. Arndts im Rechtslexikon III, S. 931.

5) S. unten §. 616 Nr. 3. Darin daß die mittlerweile vom Onerirten zum Nachtheile des Vermächtnisses vorgenommenen Veräußerungen oder Belastungen mit Existenz der Bedingung als nichtig wieder aufgehoben werden, prägt sich allerdings eine Zurückbeziehung aus. Vgl. fr. 81 pr. de legat. I.; fr. 105 de cond. et dem. (35, 1); C. 3 §. 3 commun. de leg. (6, 43).

6) Fr. 23 §. 3 de fideicomm. libert. (40, 5); fr. 16 de manumiss. testam. (40, 4).

7) C. 12 pr. de usufr. (3, 33).

8) C. 12 §. 1 eod. Glück im Comm. Bd. 9 §. 640.

9) Fr. 49 pr. §. 3 de legatis I.

wird, wenn ein junger Mensch das Vermächtniß, nachdem er zu reifern Jahren gelangt, erhalten soll[10]).

4) Ist dem Vermächtnisse ein modus[11]) beigefügt, so kann

a) der Beschwerte wegen der Erfüllung Caution verlangen[12]), nicht minder

b) das Gegebene wegen Nichterfüllung zurückfordern[13]). — Auch ist

c) der Dritte, zu dessen Vortheil der Modus gereicht, auf Erfüllung zu klagen befugt[14]).

## §. 611.

## V. Von Erwerbung der Vermächtnisse.

### A. Von dem Zeitpunkte des Erwerbes.

In diesem Betreffe kömmt es auf die Beantwortung zweier Fragen an:

1) Wann erwirbt der Legatar das Recht auf das Vermächtniß, so daß er es auf seine Erben überträgt — quando dies legati cedit?

2) Wann kann die Entrichtung des erworbenen Vermächtnisses gefordert werden — quanto dies legati venit[1])?

Die Beantwortung ergibt sich in folgenden Sätzen:

a) Das Recht auf ein unbedingtes Vermächtniß erwirbt der Legatar sofort mit dem Tode des Erblassers[2]); nur wenn der Gegenstand ein höchstpersönliches Recht, z. B. ein Nießbrauch ist, erst mit der Antretung von Seite des Erben[3]). Dem unbe-

---

10) Fr. 46 ad SC. Treb. (36, 1).

11) Vergleiche Pfeiffer, praktische Ausführungen I, Nr. 4. S. auch oben §. 81.

12) Fr. 19 de legatis III.; fr. 40 §. 5 de cond. et dem. (35, 1).

13) Fr. 17 de usu et usufructu (33, 2); fr. 21 §. 3 de ann. leg. (33, 1).

14) C. 2 de his quae sub modo (6, 45).

1) Vgl. fr. 213 pr. de V. S. mit fr. 5 pr. quando dies (36, 2). — Averanii interpr. lib. IV. cap. 5—8.

2) Fr. 5 pr. §. 1 eod. C. un. §. 1, 5 de cad. toll. (6, 51). Vgl. §. 612 Note 1, §. 618 Note 5.

3) Fr. 2, 3, 8 quando dies (36, 2).

dingten steht das legatum sub modo, sub conditione resolutiva, in diem und ex die certo gleich. Die Befugniß zur Geltendmachung erwächst überall erst mit der Erbschaftsantretung, und bei dem legatum ex die certo erst mit Eintritt der festgesetzten Zeit [4]).

b) Bei (suspensiv) bedingten Vermächtnissen erfolgt der Erwerb erst mit Eintritt der Bedingung [5]). Ist dem Vermächtniß dieselbe Bedingung beigefügt, wie der Erbeinsetzung, so wird das bedingte Vermächtniß dem unbedingten gleichgeachtet [6]).

Ist es in Ansehung der einem Vermächtnisse beigefügten Zeitbestimmung noch ungewiß, ob der durch Verweisung auf eine künftige Begebenheit bezeichnete Tag je eintreten, oder doch, ob der Legatar ihn erleben werde, so hat die Zeitbestimmung die Wirkung der Bedingung [7]), sofern nicht erhellt, daß der Erblasser durch Beifügung derselben nur die Entrichtung des Vermächtnisses verschieben wollte [8]), welches (im ersten Falle) vermuthet

---

4) Vgl. fr. 21 pr. eodem mit fr. 32 pr. de legatis II. (31). S. auch C. 5 quando dies (6, 53). Savigny, System III, S. 211.

5) Fr. 5 §. 2, fr. 21 pr. quando dies; Const. un. §. 7 de cad. toll. (6, 51). Vergl. fr. 1 §. 14 ut legatorum servand. (36, 3). Günther, rechtliche Bemerk. Th. I. Nr. 1. Wird die Bedingung vor der Erbschaftsantretung realisirt, so erwächst das Recht der Geltendmachung doch erst mit dieser. Fr. 32 pr. de legatis II. (31). Außerdem fallen hier cedere und venire diem zusammen.

6) Fr. 21 §. 1 quando dies. Vgl. fr. 107 de cond. et dem. (35, 1). Gleiches gilt von anderen Fällen sich von selbst verstehender Bedingungen (§. 76 Nr. 2). Vgl. fr. 99 eodem; fr. 22 §. 1, fr. 25 §. 1 quando dies. Zu diesen ist aber die Bedingung „wenn der Legatar will" nicht zu rechnen, weil sich eine Willenserklärung des Legatars, als Bedingung des Erwerbs, nach der Natur des Rechtsverhältnisses nicht von selbst versteht. S. §. 612 zu Note 1. Savigny, System III, S. 123.

7) Fr. 4 pr., fr. 13 quando dies; fr. 75 de cond. et dem. (35, 1). Vergl. fr. 1 §. 2, fr. 79 §. 1 eodem und fr. 12 §. 1 de legatis II. Siehe auch fr. 17 de regulis juris. Von Fällen, wenn die Zeit auf den Willen des Onerirten gestellt ist, vgl. fr. 11 §. 6, fr. 41 §. 3 de legatis III.

8) Vgl. fr. 26 pr. §. 1 quando dies; C. 5 eodem (6, 53); fr. 46, 62 §. 1 ad SC. Trebell. Averanii interpr. lib. II. cap. 27 Nr. 18. Mühlenbruch in Glücks Commentar XLI, S. 60. Savigny, System III, S. 209. Dies ist anzunehmen, wenn der dies dem Legatar zum Vortheil

wird, wenn das (z. B. auf ein bestimmtes Alter des Onerirten gestellte) Legat dem Legatar eine Versorgung oder Alimente verschaffen soll[9]).

## §. 612.

### B. Von der Art des Erwerbes.

Zur Erwerbung der Vermächtnisse wird nicht, wie bei Erbschaften, erfordert, daß der Honorirte sich für die Annahme erkläre, sondern das cedere diem enthält zugleich den Anfall und den Erwerb des Rechtes, ohne daß der Legatar etwas dafür zu thun braucht[1]). Jedoch wird ihm die Annahme nicht aufgedrungen, vielmehr steht ihm frei, durch Ausschlagung den geschehenen Erwerb rückgängig zu machen[2]). Dasselbe Vermächtniß zum Theil anzu-

---

gereichen soll. Vgl. fr. 85 de cond. et dem. (35, 1); fr. 26 §. 1 quando dies (36, 2); fr. 62 §. 1 ad SC. Treb. (36, 1); fr. 77 §. 14 de legatis II. (31). S. Averanii interpr. l. c. cap. 16 Nr. 12 sequ. Vgl. auch Seufferts Archiv I, Nr. 268; Bl. f. R.-A. XIII, S. 219: „In den Fällen, in welchen der Erblasser seinen Ehegatten zum Erben einsetzte, und zugleich auf den Todesfall des Erben ein Fideicommiß oder Vermächtniß zu Gunsten seiner, des Erblassers, Verwandten anordnete, streitet wohl die Vermuthung dafür, daß er sein Vermögen nach dem Tode des Ehegatten seinen eigenen Verwandten zuwenden, und nicht auf die Verwandten des Ehegatten kommen lassen wollte."

9) Fr. 18 §. 2 de alim. leg. (34, 1).

1) Fr. 77 §. 3 de legatis II. (31); fr. 69 de cond. et dem. (35, 1); fr. 5 §. 1 quando dies (36, 2); C. un. §. 1, 5 de cad. toll. (6, 51); C. 6 quando dies (6, 53). Vergl. fr. 65 §. 1 de legatis I. Savigny, System III, §. 116 Note g. Deßwegen steht hier auch dem Erwerbe des furiosus (vgl. §. 567) kein Hinderniß entgegen. Const. 7 §. 8 de curat. furioso (5, 70): „Legatis autem procul dubio, et fideicommissis . . . . furioso acquirendis, et *substantiae ejus aggregandis.*" Der Erwerb des Vermächtnisses bringt aber den Gegenstand desselben nicht sofort in das Vermögen des Legatars; dazu gehört auch das venire diem. Vergleiche §. 618 Note 5.

2) Fr. 38 §. 1, fr. 44 §. 1, fr. 86 §. 2 de legatis I. Vergl. fr. 45 §. 1 de legatis II.: „Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit: ante conditionem vel diem certum, repudiare non possumus."

nehmen, zum Theil auszuschlagen, ist unzulässig[3]); wohl aber kann der Legatar von mehreren Vermächtnissen das eine annehmen, das andere ausschlagen; nur nicht, wenn dieses mit Lasten beschwert, jenes aber frei ist[4]).

## §. 613.

## C. Von den Folgen des Erwerbes.

### 1) Obligationsverhältniß zwischen dem Onerirten und Honorirten.

Der Onerirte wird durch Antretung der Erbschaft oder überhaupt durch Annahme Dessen, was ihm der Erblasser zugewandt hat, quasi ex contractu verbunden, das ihm aufgelegte Vermächtniß genau und vollständig zu entrichten[1]). Dabei ist er der Regel nach auch für geringes Verschulden verantwortlich[2]); nur für Dolus und grobes Verschulden haftet er, wenn ihm nach Entrichtung des Vermächtnisses nichts übrig bleibt[3]). Ist ohne sein Verschulden und bevor er sich in Verzug befand[4]), der Gegenstand des Legats beschädigt oder verloren worden, so liegt ihm nur ob, die etwa gegen den Urheber des Schadens begründeten Ansprüche dem Honorirten abzutreten[5]), so wie für den Fall, daß ihm die Sache wieder zu Handen kömmt, die Verabfolgung zuzusichern[6]). — Durch Veräußerungen und Belastungen, welche der Onerirte mit

3) Fr. 4, 6 pr., fr. 23, 38, 58 eod.

4) Fr. 5 pr. §. 1 eod.

1) Vergl. §. 5 Inst. de obl. quae quasi ex contractu (3, 28); fr. 5 §. 2 de obl. et act. (44, 7) mit fr. 108 §. 12 de legatis I. und fr. 11 §. 25 de legatis III. — S. indessen oben §. 604 zu Note 8. Vgl. unten §. 631 Note 6 und zu Note 2.

2) Fr. 47 §. 5 de legatis I.

3) Fr. 108 §. 12 eod.

4) Vgl. fr. 39 §. 1, fr. 47 pr. §. 6 de legatis I.; Const. 3 de usur. legat. (6, 47).

5) Fr. 15 pr. ad leg. Aquil. (9, 2). Vgl. oben §. 298 zu Note 8.

6) Vergl. fr. 47 §. 2—4, fr. 69 §. 5 de legatis I. mit fr. 39 pr. eodem. Das „cavere" ist hier in dem oben in §. 35 Note 1 bezeichneten Sinne zu nehmen.

vermachten Erbschaftssachen vornimmt, wird das Recht des Legatars nicht beeinträchtigt [7].

## §. 614.

### 2) Nähere Grundsätze über die Berichtigung der Vermächtnisse.

Ueber die Berichtigung der Vermächtnisse gelten folgende Grundsätze in dem a. E. des §. 607 bemerkten Sinne.

1) Ist ein Inbegriff von Sachen in genereller Bezeichnung vermacht, und diese mehrfacher Auslegung fähig, so hat der Legatar auf Alles Anspruch, was der Erblasser unter dem gebrauchten Ausdruck zu begreifen pflegte [1], und zur Zeit seines Absterbens dem bezeichneten Inbegriff angehörte [1a].

2) Nicht selten kommt es vor, daß eine Sache, z. B. ein Haus mit Allem vermacht wird, was darin ist. Hier bekömmt der Legatar Dasjenige nicht, was sich nur aus zufälliger Veranlassung und vorübergehend daselbst befindet. Dagegen gebührt ihm auch Das, was beim Tode des Erblassers zufällig und vorübergehend weggenommen ist [2].

---

7) Fr. 69 §. 1, fr. 81 pr., fr. 82 pr. de legatis I.; fr. 105 de cond. et dem. (35, 1). — Vgl. §. 124, 134 Note 12, 618 Note 6.

1) Fr. 99 pr. de legatis III.; fr. 1 de vino oleo legato (33, 6): „Vino legato, acetum quoque continetur, quod pater familias vini numero habuit." S. auch fr. 9 eodem. Nicht entgegen ist fr. 3 pr. eodem, dessen Worte „quod vini numero fuit" nicht auf eine Gewohnheit des Erblassers zu beziehen sind. Averanii interpr. III, 21 Nr. 13. — Vgl. noch Arndts im Rechtslexikon VI, S. 329. — Von „Mobiliarvermögen" als Vermächtnißgegenstand s. Seufferts Archiv II, Nr. 360.

1a) §. 18 Inst. de legatis (2, 20); fr. 21 de legatis I.; fr. 28 quando dies (36, 2). Arndts a. a. O.

2) Fr. 86 de legatis III. Um zu beurtheilen, was sich nur vorübergehend an einem Orte befindet, und was zum beständigen Aufenthalte und Gebrauche, ist auf die destinatio patris familias zu sehen, und, gibt diese keine Auskunft, auf die Gewohnheit des Landes. Fr. 18 §. 3 de instr. vel instrum. leg. Von gewissen Gegenständen aber wird ihrer Natur nach vermuthet, daß sie überall nur vorübergehend aufbewahrt werden, und wird nun der Ort, wo sie sich gerade befinden, mit Allem, was darauf und darin ist, vermacht, so sind sie, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erhellt, als nicht mitvermacht anzusehen. Dahin gehören;

3) Ist eine gewisse Summe mit Angabe des Ortes, wo sie sich befindet, vermacht, so erhält der Legatar nicht mehr, als sich an dem bestimmten Orte vorfindet[3]), und wenn der

---

a) das Calendarium (das Buch, worin der Erblasser seine Forderungen eingezeichnet hat), Schuldscheine und s. g. Obligationen, in dem Falle nämlich, wenn das Haus mit Allem, was darin ist, vermacht wird, fr. 86 pr. de legat. II., fr. 41 §. 6, fr. 78 §. 1, 3, fr. 91 pr., fr. 92 pr. §. 1 de legat. III.; in gleichem Falle

b) das baare Geld, welches zum Ausleihen oder Ausgeben bestimmt, oder etwa gerade von Schuldnern eingenommen ist. Unter dem Vermächtnisse des Hauses mit Allem, was darin ist, wird aber inbegriffen dasjenige baare Geld, was daselbst praesidii causa, d. h. um für jeden Fall einen Nothpfennig zu haben, aufbewahrt wird. Fr. 44, 86, fr. 78 §. 1, fr. 92 §. 1, fr. 41 §. 6 de legat. III. vgl. mit fr. 79 §. 1 eod.

c) Die *res venales*, d. h. die Sachen, die zum Verkaufe bestimmt sind, sie mögen nun des Handels wegen angeschafft oder vom Erblasser selbst producirt seyn. Fr. 32 §. 2, 3 de usu et usufr. leg. (33, 2); fr. 4 §. 2 de penu legat. (33, 9); fr. 60 §. 2 de legatis III. Doch kann rücksichtlich solcher Sachen ein entgegenstehender Wille des Erblassers leicht erhellen, z. B. wenn ein Kaufmann einem seiner Kinder sein Haus, in welchem sich die Handlung mit ihren Niederlagen befindet, mit Allem, was darin ist, vermacht hat. Hier ist offenbar anzunehmen, daß er den Legatar zum Nachfolger in seiner Handlung bestimmt, und ihm daher auch die Waarenlager zugedacht hat. Fr. 12 §. 43, fr. 15 pr. de instr. vel instrum. leg. (33, 7). Vgl. auch fr. 27 §. 3 eod.

d) Ist ein Landgut mit allem Zubehör vermacht, so muß man rücksichtlich der bereits eingeernteten und daselbst aufbewahrten Früchte (abgesehen von besonderen relevanten Umständen der einzelnen Fälle) unterscheiden:

α) Hatte der Testirer dieselben zum Verkaufe bestimmt, waren sie also venales, so sind sie in dem Vermächtnisse nicht enthalten, wohl aber

β) wenn sie zum Gebrauche oder Unterhalte des Testirers und seiner Familie, oder zur Regie des Gutes bestimmt waren. Fr. 18 §. 9 eodem; fr. 32 §. 3 de usu et usufr. legat. Constit. 1 de V. S. (6, 38).

3) Fr. 108 §. 10 de legatis I.: „. . . . Quod si mortis tempore plena summa fuerat, et postea aliquod ex ea deperierit: sine dubio soli heredi deperit."

Befund den Betrag des Legates übersteigt, doch nicht mehr als diesen[4]).

4) Ist eine bestimmte Quantität von einem Ertrage irgend einer Art Gegenstand des Vermächtnisses, dann ist

a) entweder der Ertrag selbst als Gegenstand des Vermächtnisses bestellt, und ein Theil von demselben soll gegeben werden. Hier richtet sich das Vermächtniß nach dem bezeichneten Ertrage, so daß, wenn dieser kleiner ist als die angegebene Quantität, nicht mehr, als er beträgt, gefordert werden kann[5]). Wenn aber

b) die bestimmte Quantität den eigentlichen Gegenstand des Vermächtnisses ausmacht und die Verweisung auf den fraglichen Ertrag nur deßwegen geschah, um (per demonstrationem) die Sorte zu bezeichnen, welche gegeben werden soll, oder um die Verschaffung der Mittel zur Entrichtung des Vermächtnisses anzuzeigen, so kann der Umstand, daß der bezeichnete Ertrag die vermachte Quantität nicht erreicht, das Vermächtniß nicht schmälern[6]). Soll

c) die bestimmte Quantität nicht als Theil, sondern als Erlös des künftigen Ertrages gegeben werden, so wird durch den Minderbetrag desselben das Vermächtniß auch dann nicht gemindert, wenn der Erblasser von dem Ertrage einer bestimmten Zeit gesprochen hat. Jedoch muß sich hier der Legatar gefallen lassen, daß der Onerirte, wenn der Betrag der bestimmten Zeit nicht

---

4) Vgl. fr. 65 pr. eod.

5) Fr. 5 de tritico vino &c. (33, 6): „Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo: quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset: non amplius deberi placuit: *et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: Quod natum erit.*“ Vgl. fr. 2 §. 1 eodem; fr. 34 §. 2 de leg. III.

6) Fr. 96 pr. de legatis I.: „Quidam testamento vel codicillis ita legavit: *Aureos quadringentos Pamphilae dari volo, ita ut infra scriptum est: ab Julio actore aureos tot: et in castris quos habeo, tot: et in numerato quos habeo, tot.* — Post multos annos eadem voluntate manente decessit, cum omnes summae in alios usus translatae essent. Quaero, an debeatur fideicommissum? Respondi, verosimilius esse, patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio datum esset; et ideo Pamphilae debebuntur.“ Vergl. fr. 27 §. 2 de leg. III.

hinreicht, die Entrichtung des Restes auf den späteren Ertrag derselben Sache verschiebt[7]).

5) Bei vermachten Grundstücken muß der Onerirte auch dafür sorgen, daß der Legatar den nöthigen Zugang erhalte[8]), und darf, wenn ein Haus vermacht ist, demselben das Tageslicht zwar schmälern, aber nicht ganz entziehen[9]). Die Verschaffung sonstiger Bequemlichkeiten kann der Legatar nicht verlangen[10]).

6) Steht an der vermachten Sache einem Dritten der Nießbrauch zu, so kann der Legatar vom Onerirten die Abkaufung desselben (oder den Werth) verlangen[11]); ist der Letztere selbst der Nutznießer, so erlischt sein Recht zu Gunsten des Legatars[12]).

Ist eine verpachtete oder vermiethete Besitzung Gegenstand des Legates, so ist der Legatar nicht verbunden, die bedungene Zeit auszuhalten, und kann den Conductor mit einem etwaigen Entschädigungsanspruch an den Erben verweisen[12a]).

---

7) Fr. 26 pr. quando dies (36, 2): „*Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu praediorum meorum futuri anni;* postea non videri conditionem additam, sed tempus solvendae pecuniae prolatum videri, respondi: et ex fructibus fundi relicta pecunia non percepta, ubertatem esse necessariam secundi anni." — Vgl. Geiger und Glück Rechtsfälle I, S. 159 ff.

8) Fr. 1 §. 1—3 si ususfr. pet. (7, 6); fr. 44 §. 9 de leg. I.; fr. 15 §. 1 de usu et usufr. leg. (33, 2).

9) Fr. 10 de servit. praed. urb. (8, 2): „Sed ita officere luminibus, et obscurare aedes legatas conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderationem."

10) Fr. 1 §. 4 si ususfr. pet. Glück im Comm. IX, S. 77—84.

11) Fr. 66 §. 6 de leg. II. Arndts a. a. O. S. 326: „falls der Erblasser das Recht kannte". — In Bezug auf andere Dienstbarkeiten vgl. fr. 69 §. 3 de leg. I.: „Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam: qualis est, dari debet. Quod si ita legatus sit, *uti optimus maximusque:* liber praestandus est."

12) Fr. 76 §. 2 eod. Von Realservituten, welche Grundstücken des Onerirten zustehen, gilt dies nicht. Diese muß der Legatar (dem das praedium serviens vermacht worden) anerkennen. Fr. 18 de servit. (8, 1); fr. 116 §. 4 de leg. I.: „licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est." Vgl. oben §. 571 Note 5.

12a) Fr. 32 locat. conduct. (19, 2); fr. 120 §. 2 de legat. I. Seufferts Archiv IV, Nr. 238, 239. S. unten §. 616 Note 9.

7) Ist der Gegenstand des Legates verpfändet, und der Erblasser hat dies gewußt[12b]), so muß der Onerirte das Pfandrecht ablösen[13]). Hat der Gläubiger bereits verkauft, so ist dem Legatar der Werth zu entrichten[14]).

8) Schwebt über den Gegenstand des Vermächtnisses ein Rechtsstreit ob, so muß der Onerirte denselben auf seine Kosten durchführen, hat aber jedenfalls dem Legatar nicht mehr zu entrichten, als ihm der Ausgang des Processes läßt oder verschafft[15]).

9) Der Onerirte gibt die vermachte Sache, wie sie ist, ohne für deren Fehler zu haften[16]). Was Rechtens, wenn sich die vermachte Species als eine fremde ergibt, s. unten §. 631. Von Eviction der bei dem alternativen oder Gattungsvermächtnisse ausgewählten, beziehungsweise hingegebenen Sachen s. §. 615 Nr. 2.

## §. 615.

### Fortsetzung.

### Ueber die Auswahl bei dem alternativen und Gattungsvermächtnisse.

Sowohl bei dem alternativen[1]) als bei dem Gattungsvermächtnisse (vergl. §. 230) hat der Legatar der Regel nach das

---

12b) Diese Wissenschaft hat der Legatar darzuthun. Fr. 21 pr. de probat. (22, 3).

13) §. 5 Inst. de leg. (2, 20); fr. 57 de leg. I.; C. 6 de fideicomm. (6, 42). Vergl. Mühlenbruch im Archiv f. c. Pr. XV, Nr. 18. Fehlt es am Nachweise, daß der Erblasser die Verpfändung gekannt, so kann gleichwohl der Legatar, wenn er den Gläubiger befriedigt, mit der (zufolge nothwendiger Cession auf ihn übergehenden — s. §. 298 zu Note 8) Forderungsklage gegen den Erben auftreten; sofern nicht erhellt, es sey Willensmeinung des Erblassers gewesen, die Berichtigung der auf der Sache haftenden Schuld dem Legatar aufzubürden. Vergl. noch §. 631, 635 Note 8.

14) C. 6 cit.: „nisi contraria voluntas testatoris ab herede ostendatur“.

15) Nov. 112 cap. 1. Der Legatar ist berechtigt, bei dem Processe als Intervenient aufzutreten.

16) Fr. 45 §. 1, 2 de leg. I. Vgl. fr. 56, 69 §. 3 eod. S. Note 11.

1) Fr. 34 §. 14 de leg. I.; fr. 23 de leg. II. Vergl. Arndts im Rechtsl. VI, S. 341.

Wahlrecht[2]). Bei jenem kann er das Beste wählen[3]), nicht aber bei diesem[4]), es sey denn, daß der Erblasser ihm die Befugniß, zu wählen, ausdrücklich eingeräumt hat (legatum optionis seu electionis)[5]). Das Wahlrecht geht auch auf den Erben des Legatars über[6]), und muß innerhalb der vom Erblasser oder richterlich festgesetzten Zeit ausgeübt werden[7]).

Dem Onerirten kommt das Wahlrecht zu, wenn es ihm der Erblasser eingeräumt hat, oder der Gegenstand des Legates erst angeschafft werden muß[8]). Des Wahlrechtes ungeachtet darf er nicht das Schlechteste oder von der geringsten Sorte geben[9]). — Soll ein Dritter wählen, und gibt seinen Ausspruch binnen Jahresfrist, so sind die Interessenten daran gebunden. Verzögert er aber ein Jahr lang die Entscheidung, oder will oder kann er nicht wählen, so geht das Wahlrecht, jedoch mit Beschränkung auf die Mittelsorte, auf den Legatar über[10]). Der Uebergang auf den Legatar

---

2) §. 22 Inst. de leg. (2, 20). Vergl. fr. 20, 108 §. 2 de leg. II.; fr. 2 §. 1 de opt. vel elect. (33, 5). Vgl. Thibaut, Vers. Ausg. 2 Bd. I. S. 12 Note 15. Arndts am angef. O. Seite 333. Verschieden vom Gattungsvermächtniß ist der oben in §. 607 zu Note 8 erwähnte Fall, wenn der Testirer ein Individuum im Sinne hatte, aber die unvollkommene Bezeichnung auf mehrere Individuen paßt. Vgl. Vangerow, Bd. II. S. 540.

3) S. Note 1. Vangerow, Bd. II. S. 542 Nr. 2.

4) Fr. 37 pr. de leg. I.

5) Fr. 2 pr. de opt. leg. (33, 5).

6) §. 23 Inst. de leg. (2, 20).

7) Fr. 6, 8 pr., fr. 13 §. 1, fr. 17 de opt. leg. (33, 5). Die Frist kann bei Verlust des Legats vorgesteckt werden. Vergl. indessen Vangerow, Bd. II. S. 541 lit. a.

8) Vergl. fragm. 3 pr. de vino oleo &c. (33, 6). Siehe auch fr. 4 eodem. Vangerow, Band II. S. 540. Wenn eine Summe oder Quantität vermacht ist, so hängt dieses Vermächtniß im Allgemeinen nicht davon ab, ob und was sich von den Sachen der bezeichneten Art in der Erbschaft vorfinde. S. §. 607 Note 7. Vergl. indessen §. 614 Nr. 4.

9) Fr. 110 de leg. I. — Wenn dem Erben die Wahl gelassen ist, ob er die vermachte Summe in baarem Gelde oder in Staatspapieren und sonstigen Schuldurkunden entrichten will, so kann dem Legatar die Annahme von Werthpapieren nur zum Curs (der Zahlungszeit) zugemuthet werden. Seufferts Archiv III, Nr. 351.

10) C. 3 §. 1 comm. de leg. (6, 43).

tritt gleichfalls ein, wenn der Erbe die Ausübung des ihm gebührenden Wahlrechtes ungebührlich verzögert [11]).

Noch ist zu bemerken:

1) Können sich Mehrere, welche zusammen zu wählen haben, nicht vereinigen, so entscheidet das Loos über die Person des Wählers [12]).

2) Die von dem Erben oder Legatar einmal getroffene Wahl ist unabänderlich [13]); jedoch mit Vorbehalt der Erneuerung des Anspruches für den Fall, wenn die ausgewählte, beziehungsweise hingegebene Sache evincirt wird [14]).

3) Ist Jemanden unbestimmt die Auswahl aus einer Gattung von Sachen vermacht, so darf er drei Stücke wählen [15]).

Vom Untergange einer der alternativ vermachten Sachen siehe §. 629 Note 2.

## §. 616.

### Fortsetzung.

### Nebenpunkte der Entrichtung.

1) Ist über den Ort der Entrichtung eine Anordnung des Erblassers vorhanden, so hat es dabei sein Bewenden [1]). Außerdem wird die vermachte Species da, wo sie liegt, gegeben [2]),

---

11) Fr. 11 §. 1 de leg. II. Vgl. fr. 25 §. 17 fam. erc. (10, 2).

12) §. 23 Inst. de leg. (2, 20). C. 3 pr. cit.

13) Vergl. fr. 5 pr., fr. 84 §. 9 de legat. I., fr. 19 de legat. II., fr. 20 de opt. legat. (33, 6). Steht Mehreren das Wahlrecht zu, so ist die Wahl erst dann unwiderruflich geschehen, wenn Alle übereinstimmen. Fr. 8 §. 2 eodem.

14) Vergl. fr. 58 de evict. (21, 2), fr. 45 §. 1 de legat. I., fr. 29 §. 3 de legat. III. mit fr. 2 §. 2 de opt. legata (33, 5).

15) Fr. 1 eod.

1) Fr. 47 pr. de leg. I.

2) Vergl. fragm. 38 de judic. (5, 1): „. . . . Nisi si dolo malo heredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet, ubi petitur." Vergl. fr. 52 §. 3 eod.

jede andere Leistung da entrichtet, wo die Erbschaft oder der größere Theil derselben befindlich ist [3]).

2) Wann die Entrichtung gefordert werden könne, — ist bereits oben (§. 611) vorgekommen. Bei vermachten Geldsummen ist dem Erben zur Beischaffung derselben eine billige Frist zu gestatten [4]).

3) Die bis zu dem Zeitpunkte der Entrichtung von dem Gegenstande des Vermächtnisses gezogenen Früchte ist der Onerirte dem Honorirten herauszugeben nicht verbunden [5]); es sey denn, daß diese Herausgabe besonders angeordnet oder die Zeit der Entrichtung lediglich zum Vortheil des Legatars verschoben war [6]). Fällt übrigens dem Onerirten ein Verzug zur Last, so treten die gewöhnlichen Wirkungen ein [7]); auch ist derselbe in dem Falle, wenn einer milden Stiftung vermacht ist, und die Entrichtung über sechs Monate nach Eröffnung des letzten Willens verzögert worden, Früchte und Zinsen vom Tode des Erblassers an sich anrechnen zu lassen verbunden [8]).

4) Dem Legatar gehören mit der Hauptsache auch die Accessionen und Pertinenzen (§. 64), und zwar auch die, welche nach Errichtung des letzten Willens hinzugekommen sind [9]).

---

3) Fr. 50 pr. eod. Vgl. indessen fr. 38 eod.; fr. 47 pr. de leg. I. Immer ist Entrichtung am Orte der Klagestellung dem verklagten Onerirten unbenommen. — Vgl. Savigny, System VIII, S. 229 f.

4) Fr. 71 §. 2 de leg. I.

5) Fr. 43 §. 2 de leg. II. C. 1, 4 de usuris et fruct. leg. (6, 47).

6) Fr. 43 §. 2 cit. Vgl. fr. 3 §. 3 de usur. (22, 1); fr. 21 §. 1 de ann. leg. (33, 1); fr. 39 §. 1 de legat. I.

7) Vgl. fr. 3 pr., fr. 8, 39 de usuris (22, 1); fr. 39 §. 1 de leg. I.; fr. 78 §. 2, fr. 84, fr. 87 §. 1 de leg. II.; fr. 26 de leg. III.; C. 1, 2, 4 de usuris et fruct. leg. (6, 47).

8) C. 46 §. 4 de episcop. (1, 3); vergl. Nov. 131 cap. 12.

9) Vergl. §. 18, 19 Inst. de leg. (2, 20); fr. 21, 24 §. 2 de leg. I.; fr. 10 de leg. II.; fr. 16, 91 §. 5, 6 de leg. III. — Die Urkunden, welche die vermachte Sache betreffen, braucht der Onerirte nicht herauszugeben, sofern er selbst noch ein Interesse an ihnen hat; es liegt ihm nur nach Bedürfen des Legatars die Exhibition ob. Constit. 24 de fideicommiss. (6, 42). (Unter der hier erwähnten cautio ist nur die Verbalcaution — §. 35 Note 1 — zu verstehen.) — Ueber die Verbindlichkeit des Erben zur Herausgabe der Pachtcaution an den Legatar des Pachtgutes vergl.

## §. 617.

### 3) Von der Sicherstellung der Entrichtung.

Ist dem Vermächtnisse eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt, oder erleidet die Entrichtung aus andern Gründen einen Aufschub, so muß der Onerirte dem Honorirten zur Sicherheit der künftigen Erfüllung auf Verlangen [1]) Realcaution stellen [2]). Indessen findet dieser Anspruch auf Caution nicht statt [2a]):

a) wenn der Erblasser dieselbe erlassen hat [3]);

b) wenn der Fiscus der Onerirte ist [4]);

c) wenn Eltern ihren Kindern, oder Kinder des Testirers ihren

---

Seufferts Archiv IV, Nr. 238, 239. (Als Voraussetzung dieser Verbindlichkeit wurde Beibringung einer den Erben von Ansprüchen freigebenden Erklärung des Pächters angenommen.)

1) Fr. 46 de pactis (2, 14). Es gilt von Seite des Honorirten als stillschweigender Verzicht auf die Sicherstellung, wenn er, ohne sie zu fordern, die Klage auf das Vermächtniß anhängig macht. Fr. 1 §. 9, 10 ut leg. (36, 3).

2) Vgl. fr. 1 pr. §. 3—8, 12, 19 in fine, fr. 6 pr., fr. 14 pr., fr. 15 pr. §. 1, fr. 16 ut legat. servand. (36, 3) mit fr. 6 §. 1, fr. 7 eodem. Daß die Existenz des Legates bestritten, steht der Cautionsforderung nicht im Wege, sofern nicht der Ungrund des Hauptanspruches klar zu Tage liegt. fr. 3 pr., fr. 5 §. 2, fr. 14 §. 1 eod. Unterblieb die Leistung der Caution, so hatte dies nach römischem Rechte die Immission des Honorirten in die Erbgüter des Onerirten — fr. 1 §. 1 ut in possess. leg. (36, 4), und nach weiteren sechs Monaten sogar in das eigene Vermögen desselben zur Folge. Fr. 5 §. 16 eod. Vergl. indessen Arndts im Rechtslexikon VI, S. 308—309.

2a) Natürlich fällt die Cautionsforderung bei dem legatum liberationis (§. 634) weg, weil hier der Onerirte dem Honorirten Nichts zu entrichten hat. Fr. 1 §. 2 ut in poss. leg. (36, 4). — Daß die Cautionsforderung im Falle einer sofort von Seite des Honorirten erfüllbaren Potestativbedingung zufolge fr. 1 §. 11 ut legat. (36, 3) wegfalle, beanstandet Arndts a. a. O. S. 308 Note 241.

3) Fr. 12, 18 pr. ut leg. servand. (36, 3); C. 7 eodem (6, 54).

4) Fr. 1 §. 18 eod. Res publicae (Stadt- oder Dorfgemeinden — s. §. 51 Note 1) sollen nach fr. 6 §. 1 eod. nur zur Verbalcaution (§. 35 Note 1) gehalten seyn.

Geschwistern Vermächtnisse zu entrichten haben[5]). Diese Ausnahme fällt jedoch weg:

α) wenn der Erblasser die Stellung der Caution angeordnet hat,

β) wenn der Vater oder die Mutter, dem oder der das Vermächtniß aufgelegt ist, zur weiteren Ehe schreitet[6]).

Zur Sicherstellung der Entrichtung dienen noch folgende Bestimmungen:

1) Gegen eine vom Onerirten beabsichtigte oder von dessen Gläubigern beantragte Veräußerung von Vermächtnißgegenständen ist der Honorirte Einspruch zu erheben befugt, obwohl Bedingung oder Zeitbestimmung des Vermächtnisses noch nicht eingetreten ist[7]).

2) Wenn der mit Vermächtnissen beschwerte Erbe oder Legatar richterlicher Mahnung ungeachtet binnen Jahresfrist die Entrichtung nicht bewerkstelligt, so soll er das ihm hinterlassene mit Vorbehalt des Pflichttheiles, zur Strafe verlieren[8]).

3) Der Erbe, welcher das einer milden Stiftung bestimmte Vermächtniß abläugnet, soll den doppelten Betrag entrichten[9]).

## §. 618.

### 4) Von den Rechtsmitteln des Legatars.

Vermöge der obligatio quasi ex contractu, welche zwischen dem Onerirten und dem Honorirten besteht (siehe §. 613), hat dieser gegen jenen eine persönliche Klage auf Entrichtung des Vermächt-

---

5) Vgl. fr. 7 eodem mit C. 6 pr. §. 1 ad SC. Treb. (6, 49). Diese Stelle spricht zunächst nur von dem Falle, wenn Kindern des Testirers Hinterlassung ihres Erbtheiles an ihre Geschwister unter der Bedingung, daß sie (die Onerirten) ohne Descendenz sterben, aufgelegt ist. Vgl. Arndts a. a. O. S. 308.

6) C. 6 pr. §. 1 eod.

7) Arg. C. 1, 3 §. 2, 3 communia de legatis (6, 43). Seufferts Archiv III, Nr. 352.

8) Nov. 1 cap. 4: „Anno enim per culpam heredis transacto, tunc ille quidem cadat relictis, *alii vero ad haec venient, quos prius vocavimus.*" Wer diese seyen, darüber s. cap. 1 ejusd. Nov. und oben §. 540.

9) §. 7 Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3, 28).

nisses (actio legati oder actio personalis ex testamento)[1]). Sie findet gegen jeden von mehreren Miterben, wenn weder der Erblasser die Person des Onerirten näher bezeichnet[2]), noch eine solidarische Verbindlichkeit durch besondere Anordnung oder durch Untheilbarkeit des Gegenstandes begründet ist[3]), nach Verhältniß seines Erbtheiles statt[4]).

Kraft des ihm zustehenden gesetzlichen Pfandrechtes (s. oben §. 201 a. E.) kann sich der Legatar auch der actio hypothecaria bedienen. Außerdem hat der Legatar bei dem Vermächtnisse einer bestimmten, dem Erblasser[4a]) gehörigen Sache, da deren Eigenthum (abgesehen von aufschiebenden Nebenbestimmungen) sofort mit der Erbschaftsantretung auf ihn übergeht[5]), gegen jeden Besitzer derselben die rei vindicatio[6]); — ebenso, wenn ein anderes dingliches

---

1) Fr. 69 §. 5, fr. 84 in f., fr. 85 de leg. I., fr. 11 §. 22 de leg. III., C. 1 comm. de leg. (6, 43); fr. 75 ad legem Falcid. (35, 2). Ueber das den Legataren, im Falle sie mit Gläubigern des Erben in Collision kommen, zustehende Separationsrecht — vgl. oben §. 573 Note 3.

2) Vergl. fr. 54 §. 3, fr. 124 de leg. I. S. indessen fr. 17 de duobus reis (45, 2). Arndts im Rechtslexikon VI, S. 284 f.

3) Vergl. fr. 33 pr. de leg. II. mit fr. 8 §. 1 de leg. I., fr. 11 §. 23 und fr. 25 pr. de legat. III. — Fr. 7 de serv. legat. (33, 3); fr. 80 §. 1 ad leg. Falc. (35, 2). Vgl. oben §. 228 zu Note 6.

4) Fr. 44 pr. de leg. II., fr. 98 de leg. III.

4a) Die Ausdehnung auf Sachen, welche dem Onerirten gehören, beanstandet aus guten Gründen Arndts a. a. O. S. 310.

5) Das Recht des Vermächtnisses hat der Legatar, wenn kein Hinderniß in einer aufschiebenden Bedingung liegt, sofort mit dem Tode des Erblassers erworben. S. oben §. 611 zu Note 2, §. 612. Das Recht aber, welches den Gegenstand des Vermächtnisses bildet, kommt mit der Erbschaftsantretung, sofern eine beigefügte Nebenbestimmung nicht noch weiteren Aufschub begründet, in das Vermögen des Legatars: und dies zwar — in den oben bemerkten Fällen — ohne Zuthun, ipso jure. §. 147 a. E. lit. b. Vergl. fr. 69 pr., fr. 86 §. 2 de leg. I., fr. 80 de leg. II., fr. 26 de usu et usufr. leg. (33, 2), fr. 64 de furtis (47, 2). In andern Fällen gilt das Vermächtniß nur als justa causa praecedens; der wirkliche Erwerb erfolgt erst mit der Tradition von Seite des Onerirten (s. oben §. 132).

6) Const. 1 communia de legatis (6, 43). Diese Klage ist besonders dann vortheilhaft, wenn der Erbe den Gegenstand des Legates veräußert hat. C. 3 §. 2, 3 eod. Vgl. §. 613 Note 7. S. jedoch fr. 63, 89 §. 7 de

Recht an einer dem Erblasser gehörigen Sache vermacht ist, die diesem Rechte entsprechende Klage[7]), und bei dem Vermächtnisse einer Forderung die persönliche Klage, welche aus dieser Forderung gegen den Schuldner begründet ist[8]).

## §. 619.

### 5) Usucapio pro legato.

Der Besitz einer Sache kraft Vermächtnisses kann im Laufe der Zeit durch Ersitzung zum Eigenthumserwerbe führen in folgenden Fällen:

1) wenn eine fremde Sache als dem Erblasser gehörig vermacht worden[1]);

2) wenn in der Form der Errichtung gefehlt[2]), oder

3) das früher errichtete Vermächtniß später wieder aufgehoben, die Aufhebung aber nicht gekannt war[3]);

4) wenn über die Person des Legatars Zweifel obwaltete und die Entrichtung an die unrechte Person geschah[4]).

Die usucapio pro legato ist durch Erbfähigkeit des Ersitzenden bedingt[5]).

---

leg. II. War die Veräußerung wegen Schulden des Erblassers erforderlich oder ohne Kenntniß ihrer Eigenschaft als Vermächtnißgegenstand vorgenommen, so findet die Vindication gegen den dritten Besitzer nicht statt; vielmehr muß sich der Legatar mit dem Werthe begnügen.

7) Vgl. fr. 10 de usu et usufr. legato (33, 2) mit §. 1 Inst. de usufr. (2, 4). S. auch oben §. 607 Note 2.

8) C. 18 de leg. (6, 37).

1) Fr. 4 pro leg. (41, 8).

2) Fr. 9 eod.: „Sed etsi *non jure* legatum relinquatur, vel legatum ademtum est, pro legato usucapi post magnas varietates obtinuit.“ Vergl. aber §. 135 Note 7.

3) Fr. 4 eod. Vgl. Savigny System I S. 275, III. S. 374.

4) Fr. 4 eod.

5) Fr. 7 eod. Auch bei Lebzeiten des Eigenthümers kann eine usucapio pro legato vor sich gehen, sofern nur der Besitzer, dem ex causa legati tradirt war, gute Gründe hatte, Jenen für gestorben zu halten. Fr. 5, 6 eod. S. oben §. 135 zu Note 8.

## §. 620.

### 6) Verbindlichkeiten des Legatars.

1) Hat der Erbe vor Entrichtung des Vermächtnisses nothwendige oder nützliche Verwendungen auf den Gegenstand desselben gemacht, so ist der Legatar zum Ersatze verbunden [1]). Nur muß Jener, sofern ihm die Benützung der Zwischenzeit gehört, die öffentlichen Abgaben und den gewöhnlichen Unterhaltungsaufwand auf seine Rechnung nehmen [2]).

2) Dem Legatar liegt ob, die Lasten, mit welchen das Vermächtniß vom Erblasser beschwert ist, bis auf den Betrag desselben zu übernehmen [3]); den Ansprüchen der Gläubiger ist er, abgesehen von besonderer Anordnung, nicht unterworfen [4]).

3) Hatte der Legatar Ansprüche gegen den Erblasser, und das Vermächtniß ist zu deren Befriedigung oder Abfindung bestimmt, so wird Jener durch die Annahme des Legates verbunden, sich die vom Erblasser beabsichtigte Compensation gefallen zu lassen [5]); im Uebrigen gehen Rechte gegen den Erblasser durch Annahme des Legates nicht verloren [6]).

4) Dem Legatar ist untersagt, sich eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache zu setzen [7]). Thut er es dennoch, und zwar nachdem der Erbe den Besitz derselben ergriffen hatte, so ist ein Fall des interdictum de vi oder der Spolienklage gegeben; war Letzterer noch nicht Besitzer geworden, so kann er die Zurückgabe,

---

1) Fr. 58, 59 de leg. I. Vergl. fr. 60 eodem: „Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito solverit."

2) Fr. 10 de reg. juris vergl. mit fr. 61 de legatis I. Es versteht sich von selbst, daß der Erbe keinen Ersatz für diejenigen Kosten fordern kann, die er aufwenden mußte, um das Legat entrichten zu können. Vgl. fr. 39 pr. eodem.

3) S. oben §. 604 Nr. 2.

4) C. 7 de hered. act. (4, 16).

5) Fr. 34 §. 5 de leg. II.; fr. 22 §. 3 sol. matrim. (24, 3); fr. 4 de dotis coll. (37, 7).

6) Vgl. fr. 4 cit.; fr. 85 de leg. II.

7) Tit. Dig. quod leg. (43, 3).

wenn er darauf zu bestehen ein Interesse hat[8]), oder auch Schadloshaltung mit dem interdictum quod legatorum verlangen[9]).

## §. 621.

## VI. Anwachsungsrecht der Collegatare[1]).

Wenn eine von mehreren Personen, welche durch Gemeinschaftlichkeit des Vermächtnißgegenstandes verbunden sind, aus irgend einem Grunde wegfällt[2]), so wird vermuthet, daß der Erblasser für diesen Fall das Ganze dem oder den Anderen bestimmt habe. Auf dieser Vermuthung beruht das Anwachsungsrecht unter Collegataren[3]). Dieselbe muß aber unwirksam seyn, wenn eine abweichende Willensmeinung des Erblassers vorliegt, insbesondere:

1) wenn der Erblasser das Anwachsungsrecht ausdrücklich oder

2) stillschweigend durch Anordnung einer Substitution ausgeschlossen[4]);

---

8) z. B. wegen des Abzuges der Quarta Falcidia.

9) Fr. 1 §. 2, fr. 2 §. 2 eod. Es ist ein interd. adipisc. possess., und kann selbst gegen einen dritten Besitzer gebraucht werden. Fr. 1 §. 13 eodem. S. meine Er. Abth. I. S. 48. Vgl. Zimmern im A. f. c. Pr. VIII, S. 157.

1) Roßhirt, Vermächtn. I, S. 589 f. Vangerow, Band II. §. 547. Vgl. Puchta, Vorl. zu §. 542.

2) Vorausgesetzt wird, daß der Wegfallende nicht erworben oder ausgeschlagen hat. Nur bei dem vermachten Nießbrauch kann die Accrescenz eintreten, auch nachdem das Vermächtniß von den Theilhabern erworben war. Vgl. fr. 1 §. 3, fr. 10 de usufr. accr. (7, 2). Glück, Comm. IX, S. 287 f. S. unten §. 632 Nr. 3.

3) Bei testamentarischen Miterben ist das Anwachsungsrecht eine nothwendige Folge des Grundsatzes: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“

4) Fr. 50 pr. de leg. II.; C. un. §. 7 de cad. toll. (6, 51). Die Ausschließung des Anwachsungsrechtes ist auch anzunehmen, wenn derselbe Gegenstand mehreren Personen bei verschiedenen Onerirten hinterlassen ist. Fr. 11, 12 de usufr. accr. (7, 2).

3) wenn er jedem der Collegatare einen bestimmten reellen oder ideellen Theil der vermachten Sache zugewiesen hat [5]);

4) wenn das Vermächtniß Alimente verschaffen soll, und der Collegatar in Folge des Anwachsungsrechtes mehr erhalten würde, als er zu dem ihm bestimmten Unterhalte bedarf [6]).

Demjenigen Collegatar, der mit dem Weggefallenen re et verbis conjunctus ist, accrescirt der vacante Theil nur mit seinem Willen, aber mit allen darauf gelegten Lasten, wohingegen der

---

5) Vgl. fr. 1 pr., fr. 11 de usufr. accr. (7, 2); fr. 84 §. 12 de leg. I. (30); fr. 80 de leg. III. (32). Unter bloßen verbis conjunctis (s. §. 593) findet daher das Anwachsungsrecht nicht statt. Vgl. Cujacii Observ. lib. 24 cap. 34. Ueber fr. 89 de leg. III. siehe unten Note 8 und Vangerow a. a. O. — Ausnahmen:

a) Sind die Antheile, welche der Testirer den verbis conjunctis zugewiesen hat, dadurch wieder beschränkt, daß dieselbe Sache nebstdem noch einem Dritten im Ganzen vermacht ist (z. B. Mevio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego), so kommt Jenen das Anwachsungsrecht insoweit zu Gute, als die einem Jeden zugewiesenen Erbtheile durch die Concurrenz des Dritten beschränkt sind. Fr. 41 pr. de leg. II.

b) Der Ausschluß der verbis conjuncti vom Accrescenzrechte beruht auf der Vermuthung, daß der Testirer Jeden derselben auf den ihm zugewiesenen Antheil habe beschränken wollen. Deßwegen kann der Ausschluß nicht stattfinden, wenn vorliegt, daß die Angabe bestimmter Antheile einen anderen Zweck habe, z. B. zu entscheiden, daß die Theilung nach Stämmen oder Köpfen Platz greife. Besonders möchte hier das jus accrescendi den verbis conjunctis dann nicht zu verweigern seyn, wenn zuerst das Ganze als Gegenstand des gemeinschaftlichen Vermächtnisses angegeben ist, und die Theilbestimmung in einem besonderen Absatze erst nachfolgte; z. B. Titius ist mein Erbe; nach dessen Tode soll mein Haus und Landgut auf meine zwei Bruderstöchter und drei Schwestersöhne fallen, nämlich zu fünf Theilen. Vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 211.

Vergl. übrigens gegen die Annahme, daß bei jedem Vermächtniß einer Geldsumme oder überhaupt einer quantitas die Collegatare als verbis tantum conjuncti zu betrachten seyen, — ebd. III, Nr. 83.

6) Fr. 57 §. 1 de usufr. (7, 1). Voetius (VII, 2 §. 3): „Cum unus ob defectum seu mortem alterius collegatarii duplicatis non videatur saturandus alimentis."

bloße *re conjunctus* den ledigen Antheil zwar von Rechtswegen, aber frei von den Lasten erwirbt [7]).

Die re et verbis conjuncti des Weggefallenen schließen andere Collegatare aus [8]).

§. 621 b.

## VII. Vom Abzuge der Quarta Falcidia [1]).

### A. Voraussetzungen des Abzugs.

Regel ist: die Vermächtnisse sollen zusammen nicht mehr als drei Viertheile der Erbschaft betragen. Uebersteigen die angeordneten Vermächtnisse dieses Maß, so ist der Erbe (kraft der lex Falcidia) befugt [2]), den Legataren verhältnißmäßig soviel abzuziehen, als erforderlich ist, um ihm den Viertheil der Erbschaft (Quarta Falcidia) zu sichern [3]). Dem Abzuge sind

1) nicht nur eigentliche Vermächtnisse (Legate und Singularfideicommisse) unterworfen, sondern auch Schenkungen von Todeswegen, und solche Schenkungen unter den Lebenden, welche erst durch den Tod des Schenkers convalesciren [4]).

2) Das Recht auf den Abzug der Quart kommt allen Erben zu, sowohl Testaments- als Intestaterben [5]), nicht aber den Legataren, welche Aftervermächtnisse entrichten sollen; indem diese den Honorirten einen verhältnißmäßigen Abzug nur insofern zu

---

7) C. un. §. 11 de cad. toll. (6, 51).

8) Fr. 89 de legatis III. Als re et verbis conjuncti gelten auch die bloßen verbis conjuncti im Verhältnisse zu dem Dritten, der mit ihnen nur re conjunctus ist. Fr. 89 cit. in f. S. oben Note 5, a.

1) Vangerow, Bd. II. §. 535 f.

2) Fr. 1 pr. ad leg. Falc. (35, 2).

3) Vgl. pr. Inst. eod. (2, 22).

4) Vgl. C. 2, 3, 5, 12 eod. (6,50); C. 2 de mortis causa don. (8,57); fr. 32 §. 1 de don. inter vir. et ux. (24, 1). Auch das implendae conditionis causa zu Gebende ist dem Abzuge unterworfen. C. 18 ad legem Falcid. Vgl. unten §. 650 Nr. 1.

5) Fr. 18 pr. ad leg. Falc. Auch den Erbeserben — C. 10 eod.

machen befugt sind, als sie selbst von Seite des Erben einen Abzug erleiden [6]).

3) Sind mehrere Miterben vorhanden, so muß jedem die Quart seines Erbtheiles verbleiben, ohne daß es darauf ankommt, ob die Erbschaft im Ganzen über drei Viertheile beschwert sey oder nicht [7]). Bei Anwendung dieses Satzes auf den Fall, wenn ein Erbe mehrere Erbtheile vereinigt, ist zu unterscheiden [7a]):

a) Ist Jemand auf mehrere Erbtheile eingesetzt, oder erbt er den einen Theil als Institut, den andern als Vulgarsubstitut, oder gelangt er als Pupillarsubstitut mehrerer Kinder zur Erbfolge, so werden die mehreren Erbtheile als ein Ganzes betrachtet, und hiernach beurtheilt, ob eine Beschwerung über drei Viertheile gegeben sey oder nicht [8]).

b) Erwirbt ein Miterbe dadurch den Antheil eines anderen, daß er ihn beerbt, so bleiben die Erbtheile in Ansehung dieser Frage gesondert [9]).

c) Erfolgt das Zusammentreffen durch das Anwachsungsrecht [10]),

---

6) Vgl. fr. 32 §. 4, 5, fr. 47 §. 1 eod. mit fr. 33 eod., fr. 21 §. 1 de ann. legat. (33, 1). Besteht das Aftervermächtniß in Alimenten oder anderen dergleichen Reichnissen, so wird vermuthet, daß selbst der verhältnißmäßige Abzug der Absicht des Testirers widerstreite. Vergl. noch fr. 77 §. 1 de legatis II., fr. 25 §. 1 ad legem Falcid. Arndts im Rechtslexikon VI, S. 312.

7) §. 1 Inst., fr. 77 ad legem Falc. Auch jedem von mehreren Substituten muß die Quart seines Substitutionsantheils ungeschmälert bleiben. Fr. 80 pr. eod.

7a) Vergl. über die verschiedenen Meinungen v. d. Pfordten, Abh. aus dem Pandektenrecht. 1840. Nr. 1. Sigmund, über die Berechnung der Quarta Falcidia. 1846. Vangerow, Bd. II. S. 472 f. Arndts im Rechtslexikon VI, Seite 316 f. Was den Fall betrifft, wenn einem Unmündigen, welchem pupillariter substituirt ist, Vermächtnisse aufgelegt sind, außerdem mit andern Vermächtnissen der Pupillarsubstitut beschwert ist, vgl. fr. 11 §. 5, 6, fr. 79 eod. v. d. Pfordten a. a. O. S. 31 f. Sigmund a. a. O. §. 3. Arndts a. a. O. S. 318 f.

8) Fr. 87 §. 3 eod. — Fr. 1 §. 13, fr. 11 §. 7, fr. 84 §. 4, 5 eod. Fr. 14 §. 2 eod.

9) Fr. 1 §. 15 eod. Gleiches gilt, wenn ein Miterbe den anderen Erbtheil durch Kauf, Schenkung u. dgl. erworben hat.

10) Natürlich wird hier vorausgesetzt, daß die Vermächtnisse nicht unbestimmt,

so werden die beiden Erbtheile nur in dem Falle als ein Ganzes behandelt, wenn der eigene Antheil des erwerbenden Miterben über drei Viertheile beschwert ist [11]). Dasselbe gilt, wenn

d) der eine Miterbe den Antheil des anderen als Hausvater desselben erwirbt [12]), oder

e) wenn ein unmittelbarer Miterbe einen andern Erbtheil als Pupillarsubstitut erhält [13]).

In allen diesen Fällen (c—e) kann den Legataren ein Abzug nicht gemacht werden, wenn zwar der eigene Antheil des Erben für sich, nicht aber das Ganze der vereinigten Erbtheile überschwert ist, wohingegen, wenn nur der hinzukommende, nicht aber der eigene Antheil des Erben überschwert ist, die auf jenen gelegten Vermächtnisse dem Abzuge unterliegen.

## §. 622.

### B. Berechnung und Abzug der Quart.

Um die Frage zu beantworten, ob den Legataren ein Abzug zu machen sey oder nicht, muß

1) berechnet werden, wieviel der Viertheil, welcher dem Erben verbleiben muß, in Geldanschlag betrage. Der Betrag des Viertheils ergibt sich aus der Berechnung des Ganzen. Bei dieser ist der Bestand der Erbschaft und der Werth der dazu gehörigen Sachen in der Art anzusetzen, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers war [1]). — Abgesehen von schwebenden juristischen Ver-

---

sondern speciell den einzelnen Erben aufgelegt sind, indem es sich sonst von selbst versteht, daß die beiden zusammengefallenen Erbtheile als ein Ganzes betrachtet werden. Vgl. fr. 1 §. 13 eod.

11) Fr. 78 eod. Vgl. fr. 1 §. 14, fr. 21 §. 1 eod.

12) Fr. 21 §. 1, fr. 25 pr. eodem. — Nach dem neuesten Rechte besteht hier der Zuwachs in der Regel nur in dem Werthe des Nießbrauches am Erbtheil des Kindes. S. §. 565.

13) Fr. 11 §. 7, fr. 87 §. 4, 5, 8 eod. — Vgl. fr. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst. (28, 6). Arndts a. a. O. S. 317 f.

1) Fr. 31 pr., fr. 56 pr., fr. 73 pr. ad leg. Falc. Vgl. fr. 9 eodem. Der Anschlag geschieht mittelst Schätzung nach dem gemeinen Werthe der Gegenstände. §. 2 Inst. eod. (2, 22). Fr. 42, fr. 62 §. 1, fr. 63 pr. eod.

hältnissen, deren spätere Entscheidung ihrer Wirkung nach auf diese Todeszeit zurückzubeziehen ist [1a]), kann durch späteren Zuwachs oder Gewinn der Abzug nicht beseitigt [2]), durch spätere Verringerung der Erbmasse nicht veranlaßt werden [3]). Schulden [3a]), Begräbnißkosten, sowie die Auslagen, welche die Ordnung und Schätzung der Erbmasse verursacht, sind vorabzuziehen [4]), ebenso der Pflichttheil des Erben [5]).

Ist auf solche Weise der gesammte Betrag des Nachlasses oder Erbtheiles ausgemittelt, so fragt sich,

2) wie hoch sich die Summe der Vermächtnisse und anderer gleichstehender Zuwendungen (s. §. 621 Nr. 1) belaufe. Hierbei werden die einzelnen nach ihrem wahren Vermögenswerthe zur Zeit des Todes angeschlagen [5a]), und diejenigen Vermächtnisse nicht

---

Forderungen, die noch nicht fällig sind, werden mit Berechnung des Interusuriums (§. 234) auf ihren Werth im Zeitpunkte des Todes reducirt. Fr. 73 §. 1 eod. Auch die Forderungen des Erblassers an den Onerirten kommen in Anschlag. Fr. 1 §. 18, fr. 82 eod.

1a) So bei bedingten Forderungen und Schulden. Fr. 73 §. 1 eod. Unter solchen Umständen wie bei obwaltenden Zweifeln über die Exigibilität einer Forderung, ebenso in Betreff des Anschlages nicht klagbarer Forderungen, oder einer Correalforderung, deren Einziehung auch einem Mitgläubiger zusteht, kann sich die in §. 623 a. E. bezeichnete Ungewißheit ergeben. Vergl. fr. 56 pr. §. 1, fr. 63 §. 1 mit fr. 1 §. 17, fr. 62 pr. eod. Arndts im Rechtslexikon VI, S. 313 f.

2) S. jedoch fr. 9 pr. eod.: „In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hereditatis aestimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior." Vgl. auch fr. 1 §. 17, fr. 43, 56 §. 1, fr. 73 §. 1 eod.

3) §. 2 Inst., fr. 30 pr., fr. 73 pr. eod.

3a) Ebenfalls nach der Zeit des Todes berechnet, wobei sich die Feststellung unter Umständen, wie deren die Noten 1 und 1a erwähnen, verzögern kann.

4) §. 3 Inst. eodem. Vergl. fr. 39, Const. ult. §. 9 de jure delib. (6, 30). Auch was der Erblasser dem Erben schuldig war, wird vorabgezogen. S. Const. 6 pr., fr. 54, 81 §. 1, 2 ad legem Falcid. S. auch fr. 1 §. 18 eodem.

5) Vgl. unten §. 653 Note 10.

5a) Fr. 34 §. 4 eod. Vgl. indessen fr. 61 eodem. An eine Schätzung des Erblassers ist man nicht gebunden. Fr. 15 §. 8 eod.

gerechnet, welche nicht zur Auszahlung kommen[6]), oder deren Gegenstand keinen Werth für den Erben hat[7]); Vermächtnisse immerwährender Renten kommen mit dem 25fachen Betrage der jährlichen Leistung in Ansatz[8]); der Betrag einer auf Lebensdauer des Honorirten vermachten Rente wird vor der Hand[9]) nach Vermuthungen berechnet, welche Ulpian über die Dauer des menschlichen Lebens nach Verschiedenheit des Alters aufgestellt hat[10]).

3) Aus der Vergleichung des ausgemittelten Betrages der Erbschaft und der Summe der Vermächtnisse erhellt, was dem Erben übrig bleibe. Nun ist noch zu beurtheilen, ob durch diesen Rest der Falcidische Viertheil gedeckt sey, oder nicht. Hierüber ist zu bemerken:

a) In die Falcidische Quart wird nur Dasjenige eingerechnet, was der Erbe als solcher bekommt, nicht aber, was ihm neben seinem Erbtheile als Vermächtniß (vergleiche §. 605 zu Note 5) zugewandt ist[11]), oder was ihm von einem Legatar, um die

---

6) Fr. 50, 51, 76 §. 1 ad legem Falcidiam. Die aus Irrthum geschehene Entrichtung eines ungiltigen oder anfechtbaren Vermächtnisses kommt dem Erben nicht zu Gute.

7) C. 15 eod. (6, 50). Die Vermächtnisse kommen überhaupt nur insoweit in Betracht, als sie Das, was der Erbe erhält, mindern. Vergl. fr. 1 §. 10, fr. 87 pr. eod.

8) Fr. 3 §. 2 eod.

9) Fr. 47 pr. eodem: „Lex Falcidia, si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet, sed hoc ex postfacto apparebit: utputa in annos singulos legatum relictum est: quamdiu Falcidia nondum locum habet, integrae pensiones annuae dabuntur: sed enim, si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur." Vergleiche fr. 55 eodem.

10) Fr. 68 pr. eod. Vgl. fr. 1 §. 9 eod. Konopack, Beitr. z. Lehre v. d. Berechnung d. Falcid. Quart. I. II. Rostock, 1811. Vergl. Fritz in v. Löhrs Mag. Bd. IV. S. 298 ff.

11) Fr. 74, 91 ad leg. Falc. S. indessen fr. 75 und vgl. fr. 56 §. 5 eodem. (Ist ihm das Vermächtniß gerade zu dem Zwecke gegeben, damit er den Abzug unterlasse, so dient dies zur Richtschnur.) Vgl. auch über Wechsellegate der Miterben — fr. 22 pr., fr. 94 eod.

Bedingung des Vermächtnisses zu erfüllen, entrichtet wird [12]), oder was er etwa durch eigene vortheilhafte Geschäfte, wiewohl aus Anlaß der Erbschaft, gewonnen hat [12a]).

b) Kommt ein Vermächtniß wegen beigefügter Zeitbestimmung oder Bedingung erst in der Folgezeit zur Entrichtung, so werden die Früchte der Zwischenzeit, welche der Erbe als solcher gewinnt, auf die Quart in Rechnung gebracht [13]). Nicht minder wird

c) ihm angerechnet, was ihm ein Legatar als Preis für die vermachte Sache entrichtet [14]).

Wenn nun

4) Alles zusammengenommen, was von dem Nachlasse nach Abrechnung des Betrages der Vermächtnisse dem Erben als solchem übrig bleibt, den gebührenden Viertheil nicht erreicht, so wird dieser durch den Abzug an den Vermächtnissen ergänzt [14a]), welcher von jedem derselben nach Verhältniß seiner Größe geschieht [15]).

## §. 623.

### C. Art des Abzuges und Rechtsmittel zu dessen Geltendmachung.

Ist wegen Ueberschwerung der Fall des Abzuges gegeben, so sind die demselben unterliegenden Vermächtnisse [1]), jedes nach Verhältniß des darauf fallenden Antheiles, schon von Rechtswegen

---

12) Fr. 76 pr. eod. — Vgl. fr. 30 §. 7, fr. 40 §. 1, fr. 93 eod.

12a) Fr. 3 pr. §. 1 eod.

13) Fr. 73 §. 4, fr. 88 §. 3 eod. Vgl. fr. 24 §. 1, fr. 45 pr. eodem, fr. 15 in f. de ann. leg. (33, 1). S. auch fr. 22 §. 2 ad SC. Trebell. (36, 1). Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 536 S. 498 f.

14) Fr. 19 ad leg. Falc.

14a) Ein den Legataren zu machender Abzug kann nicht darauf gegründet werden, daß der Erbe von einem Käufer von Erbschaftssachen das Kaufgeld noch nicht erhalten habe, indem es lediglich auf die Abschätzung ankommt. S. oben Note 1. Seufferts Archiv V, Nr. 42.

15) Sofern nämlich der Erblasser nichts Anderes verordnet hat. Vgl. fr. 88 §. 2 eod.

1) S. oben §. 621 b. Nr. 1 und Note 4.

vermindert (per legem ipso jure minuuntur)[2]). Demgemäß kann der Erbe den Abzug nicht nur durch Retention sichern[3]), sondern auch, wenn die volle Entrichtung bereits erfolgt oder der Gegenstand des Vermächtnisses auf anderem Wege in die Hände des Legatars zurückgekommen ist, den abzuziehenden Theil oder Betrag zurückfordern, und zwar

a) mit der condictio indebiti, wenn der Abzug bei der Entrichtung aus Irrthum über Thatsachen unterlassen wurde[4]);

b) mit der actio de dolo, wenn der Legatar durch falsche Vorspiegelungen von dem Bestande der Erbmasse den Erben zur vollen Auszahlung betrüglich verleitet hatte[5]);

c) mit einer actio in factum, wenn der Legatar den Gegenstand des Vermächtnisses schon vom Erblasser empfangen hat[6]). Nebstdem kann

d) der Erbe den betreffenden Antheil der vermachten Species, sofern sich der Legatar nicht mit Vergütung des Werthes abfindet[7]), durch partielle Vindication reclamiren[8]), und

e) selbst den ganzen Gegenstand, wenn sich der Legatar eigenmächtig in den Besitz setzte, mit dem interdictum quod legatorum zurückfordern[9]).

Ist und bleibt es nun noch ungewiß, ob oder zu welchem Betrage der Fall des Abzuges gegeben sey, so wird die Sache vor der Hand durch Cautionen geschlichtet, indem die Entrichtung an

---

2) Fr. 73 §. 5 eod.

3) Fr. 1 §. 9, fr. 15 §. 1, fr. 16 §. 1, fr. 93 eod. Bynkershoeck, Obs. VII, 7.

4) War die Unterlassung des Abzuges durch Rechtsirrthum veranlaßt, so findet die Zurückforderung nicht statt. Fr. 9 §. 5 de juris et facti ignor. (22, 6); Const. 10 eodem (1, 18). Const. 9 ad legem Falcidiam (6, 50). Mühlenbruch im Archiv für civil. Praxis II, S. 392—395. Vergl. oben §. 71.

5) Fr. 23 de dolo malo (4, 3).

6) Fr. 77 §. 2 de leg. II.

7) Vgl. fr. 1 §. 9, fr. 7, fr. 80 §. 1 ad leg. Falc.

8) Fr. 26 pr., fr. 49 pr., C. 18 eod.

9) Fr. 1 §. 5 quod leg. (43, 3).

die Legatare gegen Realcaution wegen künftiger theilweiser Rückzahlung geschieht [10]).

§. 624.

### D. Wegfallen des Abzuges.

Der Abzug der Falcidischen Quart findet nicht statt

1) an Vermächtnissen, welche (unter den in §. 520 bezeichneten Voraussetzungen) im letzten Willen eines Soldaten angeordnet sind [1]);

2) wenn der Erblasser den Abzug verboten hat [2]);

3) wenn der Erbe sich seines Rechtes begibt [3]), indem er entweder wissentlich die Vermächtnisse ganz auszahlt, oder auch nur dieselben ohne Abzug auszuzahlen verspricht [4]);

4) wenn derselbe die Errichtung eines Inventars über den Nachlaß versäumt hat [5]);

---

10) Vergl. den Pandektentitel: „Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur" (35, 3). In manchen Fällen, z. B. wenn das Legat „minuta alimenta" betrifft, soll vom Legatar keine Caution gefordert, fr. 3 §. 4 eodem, auch dieselbe erlassen werden, wenn der Legatar außer Stande ist, sie zu leisten, fr. 6 eodem. Vergl. noch fr. 3 §. 5--10, fr. 5, 7 eod. S. auch fr. 1 §. 12, fr. 31, 47 pr., fr. 73 §. 1 ad leg. Falc.

1) Fr. 17, 92, 96, C. 7 ad leg. Falc.

2) Nov. 1 cap. 2 §. 2. von Löhr im Archiv für civil. Praxis V, Nr. 5. Vangerow, Band 2 §. 538 Seite 502. Das Verbot braucht nicht ausdrücklich, es kann auch implicite z. B. dadurch erklärt werden, daß er die Veräußerung der vermachten Sache untersagt, Nov. 119 cap. 11. Pufendorf, Observ. I, 46. Vergl. fr. 56 §. 5 ad leg. Falcid. Das Verbot kann übrigens alle Vermächtnisse umfassen, oder sich auf einzelne beziehen.

3) Fr. 46, 71, C. 19 eod.

4) S. auch C. 9 eod. In der unverkürzten Entrichtung einiger Vermächtnisse liegt keineswegs ein allgemeiner Verzicht auch in Ansehung der übrigen. — Wenn das Rentenvermächtniß (§. 638) einigemal ausgezahlt worden, so wird dadurch der Abzug für die folgenden Jahre nicht verloren. Vergl. fr. 15 §. 1, fr. 16 eodem, Nov. 1 cap. 3. Ueber die verschiedenen Meinungen vergl. Puchta, Pand. §. 548 Note d. Vangerow a. a. O. S. 505 f.

5) C. ult. §. 4, 14 de jure delib. (6, 30). Nov. 1 cap. 2.

Einzelne Vermächtnisse bleiben ohne Abzug, indem sie nach Anordnung des Erblassers oder zufolge gesetzlicher Vorschrift gleich einer Schuld vom Nachlaß vorabgezogen werden, was insbesondere von Vermächtnissen zu milden Stiftungen [6]) und von Zuwendungen gilt, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden sollen [7]); auch in dem Falle, wenn der Mann seiner Frau Sachen hinterläßt, welche nur ihretwegen angeschafft waren [8]). Ist dem Legatar nur vermacht, was ihm der Erblasser schuldig war, so kann etwa nur das Interusurium einem Abzuge unterworfen werden [9]), und bei Gegenständen ohne Geldwerth für den Erben läßt sich natürlich eine Quart nicht berechnen [10]). Verwirkt ist der Abzug bei Vermächtnissen, deren Unterschlagung oder sonstige Vereitelung der Erbe versuchte [11]).

Was übrigens dem Erben durch das Wegfallen des Abzuges bei einzelnen Legaten entgeht, kann er den übrigen nicht aufbürden, sofern nicht eine andere Willensmeinung des Testirers vorliegt [12]).

---

6) Auth. „*Similiter*" Cod. ad legem Falcidiam; Nov. 131 cap. 12. Vergl. C. 49 §. 2, 4, 6, 7 de episcopis et clericis (1, 3); fr. 1 §. 5 ad legem Falc. Vgl. Cujacius zu dieser Novelle. Vangerow a. a. O. S. 507 Nr. 6.

7) Fr. 87 §. 4 de legat. II. (31); C. 36 pr. de inoff. test. (3, 28). Vangerow a. a. O. Nr. 4.

8) Fr. 81 §. 2 ad leg. Falc.

9) Fr. 1 §. 10 ad leg. Falc. (35, 2). Vergl. fr. 57, 81 §. 1, 2 eod.; fr. 1 §. 12 de dote prael. (33, 4); fr. 28 §. 1 de leg. I.

10) C. 15 ad legem Falcid. (6, 50). Vangerow a. a. O. S. 507 Nr. 2. Vgl. indessen Puchta, Pand. §. 549 zu Note h.

11) Fr. 59 pr. ad leg. Falc. Vgl. fr. 24 pr., fr. 58 §. 1 eod. Vangerow a. a. O. S. 506 lit. b.

12) Vergl. fr. 88 pr. §. 1, 2 ad legem Falcidiam mit fr. 64 eodem und Nov. 1 cap. 3. Puchta, Pand. u. Vorl. §. 549. Der Vorabzug gleich einer Schuld mag insofern auch den übrigen Legataren zum Nachtheile gereichen, als er das reine Vermögen, also auch das dem Erben bleibende verringert, und damit zum Abzuge oder zu einem größeren Anlaß geben kann.

§. 625.

## VIII. Von der Unwirksamkeit und dem Verluste der Vermächtnisse.

### A. Wegen Unwirksamkeit der Errichtung.

Das Vermächtniß ist unwirksam, wenn dessen Errichtung wegen Unfähigkeit der Subjecte, Unzulässigkeit der Sache, Fehler im Willensacte oder Vernachlässigung der Form von Anfang an ungiltig war [1]). Ein Vermächtniß, welches unwirksam gewesen wäre, wenn der Testator sogleich nach seiner Errichtung gestorben wäre, wird durch eine Veränderung der Umstände, welche nachher vor dem Tode des Erblassers eingetreten ist, nicht giltig gemacht (regula Catoniana) [2]). Auf Vermächtnisse, die nicht zur Zeit des Todes des Erblassers erworben werden, also auf bedingte (§. 611), bezieht sich diese Regel nicht [3]); auch solche sind ausgenommen, deren Bedingung vor dem Tode des Erblassers zu erfüllen ist [4]).

---

1) Die Ungiltigkeit des Testamentes zieht der Regel nach auch die Unwirksamkeit der darin oder in den dazu gehörigen testamentarischen Codicillen angeordneten Vermächtnisse nach sich. Vgl. §. 546 a. E., §. 600 a. E. Ausnahmen:

a) Bei der Unwirksamkeit des Testamentes wegen Ausschließung von Descendenten oder Ascendenten (§. 658 f.);

b) bei der Ungiltigkeit der Erbeinsetzung wegen eines Irrthums über die Existenz eines Notherben oder des Erben aus einem früheren Testamente, fr. 28 de inoff. testam. (5, 2), fr. ult. de hered. inst. (28, 5);

c) wenn das Vermögen an den Fiscus kommt, fr. 96 §. 1 de leg. I. (30), fr. 3 de his quae in testam. delent. (28, 4). Siehe auch §. 626 Nr. 2 und §. 602. Vergleiche Francke, Beiträge I, S. 136 f.

2) Fr. 1 pr. de reg. Caton. (34, 7). Vgl. §. 10, 32 Inst. de leg. (2, 20); fr. 41 §. 2 de leg. I. (30); C. 13 de leg. (6, 37). Vgl. Vangerow, Bd. II. §. 540 S. 514 ff.

3) Fr. 4 de reg. Caton. Vergleiche §. 32 Inst. de legatis (2, 20); fr. 41 §. 2 cit.

4) Fr. 1 §. 1, 2 de reg. Cat. (34, 7).

Die Convalescenz eines ungiltig errichteten Vermächtnisses wird dadurch bewirkt, daß der Onerirte dasselbe ausdrücklich oder factisch anerkennt [5]).

§. 626.

B. Wegen Nichterwerb des Beschwerten.

Das giltig errichtete Vermächtniß kann dadurch unwirksam werden, daß der damit Beschwerte nicht zur Succession gelangt. Hierüber gelten folgende nähere Grundsätze [1]):

1) Hat der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß, wer immer ihn beerbe, das Vermächtniß entrichten, oder daß seine Willensverordnung unter allen Umständen zum Vollzuge kommen solle, so schadet es nicht, daß die zunächst berufenen Erben wegfallen; jeder nachfolgende ist zur Erfüllung verbunden [2]). Bei der reinen Intestaterbfolge wird vermuthet, daß die selbstständig angeordneten Vermächtnisse Jedermann, der Erbe wird, aufgelegt seyen [3]).

2) Ist eine bestimmte Person mit dem Vermächtniß beschwert, so erlischt dasselbe, wenn sie nicht succedirt [4]) oder ihre Succession durch das beneficium abstinendi wieder rückgängig wird (§. 595 Note 13). Hat der Erblasser eine Testamentserbfolge angeordnet, so wird es, sofern nicht eine abweichende Willensmeinung vorliegt [5]), so angesehen, als seyen die daneben errichteten Vermächtnisse den Testamentserben aufgelegt; daher sie erlöschen, wenn die Testamentserbfolge vereitelt wird [6]). Ergibt sich indessen diese Vereitelung

---

5) C. 16 §. 1 de test. (6, 23); C. 1, 2, 23 de fideic. (6, 42).

1) Von Anfang ungiltig ist das Vermächtniß auch dann, wenn die Honorirung des Beschwerten ungiltig geschah. Const. un. §. 3 de cad. tollendis (6, 51).

2) Fr. 3 pr., fr. 16 de jure codic. (29, 7). Vergleiche fr. 88 §. 17 de legatis II.

3) Fr. 16 cit.

4) Fr. 29 §. 1 de leg. II.; fr. 1 §. 9 de leg. III.

5) z. B. durch Beifügung der clausula codicillaris. Vergl. auch fr. 77 §. 23 de leg. II. und C. 1 de cod. (6, 36).

6) Fr. 81 de leg. II.; C. 14 de fideic. (6, 42).

dadurch, daß der eingesetzte Erbe die Erbschaft gerade in der Absicht[7]) ausschlägt[8]), um die Vermächtnisse zu entkräften und gleichwohl von der Erbschaft als Intestaterbe oder auf andere Weise Vortheil zu ziehen, so kann er, der Entkräftung des Testamentes und der Vermächtnisse ungeachtet, auf Entrichtung der letzteren[9]) belangt werden[10]). Nur wird dabei vorausgesetzt, daß der dolose Repudiant irgend einen Vortheil von der Erbschaft (dieser mag noch so gering seyn)[11]) in Händen habe[12]), sey es, daß er Erbschaftssachen als Intestaterbe[13]), oder als herrenloses Gut[14]), oder ohne allen Rechtsgrund (pro possessore) besitzt[15]), oder für die Ausschlagung bezahlt worden ist[16]). Der Besitz von Erbschaftssachen aus singulärem Rechtstitel (pro emtore, pro donato &c.) unterwirft ihn der Klage nicht[17]). — Auch gegen den Dritten, welcher in Folge der bösabsichtlichen Ausschlagung in den Erbschaftsbesitz gekommen ist, findet die Geltendmachung der Vermächtnisse statt; so daß, wenn die Ausschlagung gegen eine Vergütung geschah, Beide haften, sowohl der Besitzer als der Ausschlagende[18]).

---

7) Daher kann die im Texte angegebene Folge nicht eintreten:
   a) wenn der eingesetzte Erbe die Erbschaft wegen Inofficiosität des Testamentes ausschlägt, fr. 8 §. 9 de inoff. test. (5, 2);
   b) wenn er es für unrecht hält, dem nachfolgenden Erben die Succession zu entziehen, fr. 4 pr. siquis omissa (29, 4);
   c) wenn der Erblasser die Repudiation erlaubt hat, fr. 6 §. 3 eod.

8) Der Ausschlagung steht hier die absichtliche Nichterfüllung einer Potestativbedingung gleich, fr. 1 §. 8 eod.

9) Jedoch mit Vorbehalt des Abzuges der Quarta Falcidia. Fr. 18 §. 1 eod.

10) Fr. 1 pr., fr. 6 pr., fr. 28 §. 1 eod. — Der „in conditione positus“ ist hierin dem Vermächtnißnehmer nicht gleichgeachtet. Vgl. fr. 8, 9, 22 pr. eodem.

11) Fr. 13—16 eod.

12) Fr. 4 pr. eod.

13) Fr. 1 pr., fr. 28 §. 1 eod.

14) Fr. 6 §. 7 eod.

15) Fr. 30 eod. Dem Besitzer ist gleichgestellt, qui dolo malo desiit possidere. Fr. 1 §. 10—13 eod.

16) Fr. 2 pr. eod. Vgl. hierüber Note 18.

17) Fr. 30 eod.

18) Vgl. hierüber C. 1 eod. (6, 39) mit fr. 2 §. 1, fr. 3, 4 pr. §. 1 eod.

3) Vermächtnisse, welche dem Instituten aufgelegt sind, hat auch der statt dessen succedirende Substitut zu entrichten [19]); eben so haftet Derjenige, der einen vacanten Antheil durch das Anwachsungsrecht erwirbt, den darauf angewiesenen Legataren [20]). (S. jedoch oben §. 621).

4) Ist das Vermächtniß einem Legatar aufgelegt, so liegt die Entrichtung, wenn dieser wegfällt, dem Erben ob [21]).

## §. 627.

## C. Wegen Ademtion oder Translation [1]).

Vermächtnisse erlöschen durch Widerruf von Seite des Erblassers (ademtio). Die Giltigkeit des Widerrufes ist durch keine Form bedingt [1a]), Gewißheit des Willens genügt [2]). Als stillschweigende Ademtion (s. auch den folgenden §.) gilt der Widerruf der Zweckbestimmung, wegen welcher das Vermächtniß angeordnet war [3]). Ist ein Vermächtniß durch ein Aftervermächtniß beschwert, so erlischt durch Widerruf des ersteren (wenn nicht ein anderer Wille des Testirers erhellt) auch das letztere [4]); wohingegen der

---

19) Fr. 74 de leg. I., fr. 61 §. 1 de leg. II., C. un. §. 4 de cad. tollendis (6, 51).

20) Fr. 61 §. 1 de leg. II.; C. un. §. 4, 10 de cad. toll. (6, 51).

21) Fr. 29 pr. de leg. II. Vgl. C. un. §. 3, 9 de caduc. toll. S. indessen oben Note 1.

1) Von der Aufhebung durch ein neueres Testament oder eine neuere widerstreitende Codicillarverfügung s. §. 548, 599, 600. Daß etwa das ältere Testament mit der Codicillarclausel versehen war, erhält, wenn ein neueres giltiges Testament vorliegt, die in jenem errichteten Vermächtnisse nicht bei Kraft. Vangerow, §. 527 a. E. Arndts im Rechtslexikon VI, S. 298.

1a) Fr. 3 §. 11 de adim. leg. (34, 4). Vgl. fr. 18 de leg. III. (32); C. 27 de fideic. (6, 42). S. auch pr. Inst. de ademt. leg. (2, 21). — Seufferts Archiv IV, Nr. 240.

2) Vgl. fr. 16 de adim. leg.: „Nihil interest, inducatur, quod scriptum est, an adimatur.“ S. auch fr. 17 eod.

3) Fr. 30 §. 2 de adim. leg. Vgl. fr. 31 §. 1 eod.

4) Arg. fr. 19 eodem: „Modestinus respondit, si adimendo legatum, quod Mevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus *revocare noluit:*

Widerruf des letzteren die Unwirksamkeit des ersteren nur in dem Falle nach sich zieht, wenn erhellt, daß die Sache dem ersten Legatar bloß zu dem Zwecke bestimmt war, um sie durch ihn an den zweiten gelangen zu lassen[5]). Ist es ungewiß, auf welches von mehreren Vermächtnissen der Widerruf sich beziehe, so ist derselbe ohne Erfolg[6]).

Der Widerruf wird vermuthet, wenn eine tödtliche Feindschaft zwischen dem Erblasser und dem Legatar entsteht, und bis zum Tode des Erblassers fortdauert[7]); wenn der Erblasser in einer späteren Verfügung den Legatar für undankbar oder unwürdig erklärt[8]).

Einen Widerruf enthält auch die Translation, d. h. die Errichtung eines neuen Vermächtnisses an der Stelle eines früher errichteten[9]). Die Translation kann durch Veränderung des Beschwerten[10]), des Honorirten[11]), des Gegenstandes[12]) und der

---

heredes ex causa fideicommissi conveniri posse, recte probari." Vergl. fr. 2 de his, quae in test. del. (28, 4): „. . . legata ab eo nominatim relicta debebuntur, *si voluntas ea fuit testantis,* ut tantum heredis institutio improbetur." Francke Beiträge S. 127 f.

5) Vergl. fr. 17 pr. de legat. II.; fr. 31 §. 1 de adim. legat.

6) Vergl. fr. 3 §. 7 de adim. leg.: „Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit; *utrique legatum debetur:* quemadmodum et in dando, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum" — mit fr. 10 pr. de reb. dub. (34, 5): „Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademtum sit, nec appareat, cui ademtum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademtio nulla est, quaeri potest: et verius est *ademtionem in utrumque valere.*" Göschen in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft I. 6. Arndts a. a. O. S. 299 f. S. dagegen Vangerow Bd. II. §. 541 S. 527 f.

7) Vergl. fr. 22 mit fr. 3 §. 11, 4 in fine de adim. leg.

8) Fr. 13, 29 eod.

9) Fr. 5, 6 pr. eod.

10) Fr. 6 §. 1 eod.

11) Vergl. Fr. 30 §. 1 eod. fr. 33 pr. de legat. I.; §. 1 Inst. de ademt. legat. (2, 21).

12) Fr. 6 §. 2 de adim. leg. Vergl. fr. 11, 31 pr. eodem; fr. 28 §. 1 de cond. et dem. (35, 1). Arndts a. a. O. S. 301.

Nebenbestimmungen [13]) geschehen, setzt aber voraus, daß der Erblasser durch die Neuerung die Aufhebung der früheren Anordnung beabsichtigt habe [14]). Auch muß bei der Translation Alles beobachtet werden, was zur Errichtung eines Legats gehört [15]), sonst gilt die betreffende Erklärung zwar als Ademtion des früher errichteten Legats, aber ohne daß ein neues an seine Stelle tritt [16]).

Nebenbestimmungen des früheren Legats sind auch auf das durch Translation entstandene zu beziehen; sofern sie nicht nach ihrem Inhalte blos auf jenes passen [17]).

§. 628.

## D. Wegen Veränderungen am gemachten Gegenstande [1]).

Die Aufhebung eines Vermächtnisses kann — nach dem Willen des Erblassers [1a]) — auch durch Veränderungen erfolgen, welche

---

13) Fr. 6 pr. de adim. leg. Vergl. fr. 7—10, 24 pr. eod. S. auch §. 87—89 de cond. et dem. (35, 1).

14) Bei Aenderung des Beschwerten wird dieß vermuthet, fr. 6 §. 1 eod. Ueber den Fall, wenn die zuerst dem Einen vermachte Sache später einem Andern vermacht wird, s. §. 1 Inst. eod.: „transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: Hominem Stichum, quem Titio legavi, Sejo do lego“; fr. 30 §. 1 eod.; fr. 33, 34 pr. de legat. I.; C. 7 pr. de legat. (6, 37) und oben §. 607. Wenn die Absicht der Translation nicht mit Bestimmtheit erhellt, so gelten die in den verschiedenen Dispositionen Genannten als Collegatare.

15) Fr. 20 de adim. leg. Vergl. indessen in Bezug auf Veränderungen des Gegenstandes durch Thathandlungen fr. 31 pr. eod., fr. 28 §. 1 de cond. et demonst. (35, 1). Auch die Wirkung der Ademtion tritt nicht ein, wenn der Testirer diese von der Giltigkeit der neueren Verfügung abhängig machen wollte. S. auch fr. 34 pr. de legat. I.; fr. 18 de legat. III.

16) Fr. 20 cit.

17) Fr. 24 pr. eod., fr. 95 de cond. et dem. (35, 1). — §. 1 Inst. de ademt. leg. (2, 21).

1) Von Veränderung des Gegenstandes (Fall der Translation) war im vorigen §en die Rede.

1a) Alle Sätze in diesem §. enthalten nur Vermuthungen über den Willen des Erblassers, welche weichen müssen, wenn Derjenige, gegen den die Vermuthung spricht, eine abweichende Willensmeinung des Erblassers zu erweisen vermag. Dieses ergibt sich aus den angeführten Gesetzstellen.

derselbe nach der Errichtung mit dem Gegenstande vornimmt, namentlich

1) durch Abbrechen des vermachten Gebäudes, ohne daß durch die Aufführung eines neuen auf demselben Platze, sofern nicht ein abweichender Willen des Erblassers bewiesen wird, die Wirksamkeit des Vermächtnisses wieder auflebt[2]). Dasselbe gilt

2) von der Auflösung und Zerlegung einer beweglichen Sache[3]);

3) von der Verarbeitung einer solchen, sofern das Product der Arbeit in die frühere Gestalt des Stoffes nicht zurückgebracht werden kann[4]). Im Falle der Errichtung eines Gebäudes auf dem vermachten Platze gebührt dem Legatar der Platz mit dem Gebäude[5]).

Der Umstand, daß die vermachte Sache durch allmähliche Reparatur ihren Bestandtheilen nach eine ganz andere geworden ist, hebt das Vermächtniß nicht auf[6]); desgleichen steht die Verminderung einer vermachten Sachengesammtheit den Ansprüchen des Legatars auf die übrig bleibenden Stücke nicht im Wege[7]).

Eine Aufhebung des Legates geschieht

4) durch Veräußerung[8]) seines Gegenstandes[9]), ohne daß der spätere Rückerwerb der Sache, sofern nicht von Seite des Legatars eine entgegengesetzte Willensmeinung des Erblassers bewiesen

---

2) Fr. 65 §. 2 de leg. I.

3) Fr. 88 §. 2 de leg. III.

4) Fr. 88 pr. §. 1, 3 eod. Zum Theil abweichend sind fr. 44 §. 2—4 de leg. I.

5) Fr. 39 de legat. II. Vergl. fr. 44 §. 4 de legat. I. S. indessen fr. 79 §. 2 de leg. III.

6) Fr 24 §. 4, fr. 65 §. 2 de legat. I.

7) Fr. 22 de legat. I.

8) Auch durch nichtige Veräußerung, fr. 24 §. 1 de adim. legat. (34, 4). S. auch fr. 30 §. 4 de legat. II.

9) Fr. 18, 24 §. 1 cit. Vergl. §. 17, 21 de legatis (2, 20); fr. 1 §. 1 de instrum. leg. (33, 7. Bei einer theilweisen Veräußerung bleibt das Vermächtniß in Ansehung des Unveräußerten wirksam, §. 12 Inst. de legat. (2, 20).

wird, die Wirksamkeit wieder herstellt[10]). Hat der Erblasser nur aus Noth veräußert, was bei der Verpfändung vermuthet wird[11]), so besteht das Vermächtniß[12]). Auch wird dasselbe, wenn bestimmte Geldposten vermacht sind, durch Anlegen oder Verwenden derselben zu bleibenden Anschaffungen nicht aufgehoben[13]).

Uebrigens bewirkt die Veräußerung der Hauptsache die Unwirksamkeit des Vermächtnisses auch in Ansehung der Nebensache[14]).

### §. 629.

### E. Unwirksamkeit aus anderen Gründen.

Das Vermächtniß erlischt (extinguitur) ferner:

a) wenn der Testator die testamentifactio verliert, oder der Honorirte zur Zeit des Anfalles unfähig ist (§. 604);

b) wenn der Legatar vor der Eröffnung der Erbfolge oder doch vor dem „diem cedere" (§. 611) stirbt;

c) wenn die Bedingung des Vermächtnisses nicht eintritt;

d) wenn der Legatar dasselbe ausschlägt (§. 612);

e) wenn der Erblasser dem Legatar die vermachte Sache schon bei Lebzeiten zuwendet[1]);

f) wenn der Gegenstand des Vermächtnisses zu Grunde geht[2]).

---

10) Fr. 15 de adim. legat.

11) §. 12 Inst. de legat.

12) Fr. 18 de adim. leg.; fr. 11 §. 12 de legatis III.; C. 3 de legatis (6, 37). Es treten jetzt die Grundsätze von dem Vermächtnisse einer fremden oder verpfändeten Sache in Anwendung. Vergl. §. 614 Nr. 7 und §. 631.

13) Fr. 23 de adim. leg.

14) §. 17 Inst. de legat. (2, 20), fr. 5 de instructo leg. (33, 7), fr. 1, 2 de pec. leg. 33, 8).

1) Fr. 22 de legat. I., C. 11 de legat. (6, 37). Vergl. oben §. 296 Nr. 1.

2) §. 16 Inst. eod. (2, 20). Mit dem Untergange der vermachten Hauptsache erlischt auch das Legat in Ansehung der vermachten Nebensache. Vergl. fr. 1, 2 de pec. leg. (33, 8) mit §. 17—20 de legat. (2, 20). Wenn das eine von mehreren alternativen Vermächtnißobjecten zu Grunde geht, oder das Vermächtniß in Ansehung desselben erlischt, so besteht das Vermächtniß in Ansehung des anderen Objectes noch zu Recht.

Der Untergang oder die Veränderungen der vermachten Sache, welche sich nach dem Tode des Erblassers durch Schuld des Beschwerten oder nach Eintritt des Verzugs (mora solvendi) ergeben, begründen für den Legatar eine Forderung auf Schadensersatz[3]) (§. 613).

### §. 630.

### F. Verlust wegen Unwürdigkeit.

Was bei Erbschaften von dem Verluste wegen Unwürdigkeit gilt, findet größtentheils seine Anwendung auch auf Vermächtnisse[1]). Insbesondere tritt auch bei diesen der Fiscus an die Stelle des Honorirten[2]), wenn dieser den Tod des Erblassers verursacht, oder den Familienstand desselben bestritten, oder mit demselben in einer verbotenen Ehe gelebt, oder den letzten Willen als verfälscht angefochten hat. Nicht minder fällt des Vermächtniß dem Fiscus zu, wenn der Legatar die Ademtion oder Translation desselben durch Zwang oder Betrug gehindert hat[3]).

Ist der Legatar im letzten Willen des Erblassers zu einer Vormundschaft berufen, so soll, wenn er die Uebernahme derselben verweigert, das ihm bestimmte Legat an den Pflegling fallen[4]). Wenn ferner der Legatar das Testament zur Beeinträchtigung des eingesetzten Erben verborgen hat, so erlischt zum Vortheil des Letzteren das Jenem zugedachte Vermächtniß[5]). Ebenso wird das Legat durch Entwendung der vermachten Sachen verwirkt[6]).

---

Vergl. fr. 84 §. 11 de legat. I. mit fr. 34 §. 11 eod. Vangerow II. S. 542 Nr. 3.

3) Vergl. fr. 47 §. 2, 4, 6 de leg. I.

1) Auch die Grundsätze von der clausula privatoria (§. 596) gelten gleichmäßig für Vermächtnisse.

2) S. die oben §. 597 angeführten Gesetzstellen.

3) Ist die Errichtung des Vermächtnisses erzwungen, so unterliegt es der Anfechtung von Seite des Onerirten (§. 534). Ueber betrüglich erschlichene Vermächtnisse s. ebd. Note 2.

4) Fr. 5 §. 2 de his quae ut indignis (34, 9). C. 25 de legat. (6, 37). Vergl. fr. 1 §. 3 ubi pup. educari deb. (27, 2).

5) C. 25 cit.

6) C. 5 de legat.: „Non est dubium, denegari actionem legatorum ei *pro portione competenti* in his rebus, quas subtraxisse eum de hereditate apparuerit." Vergl. fr. 48 ad SC. Treb. (36, 1).

§. 631.

## IX. Von einzelnen Arten der Vermächtnisse.

### A. Von Vermächtnissen einer fremden Sache [1]).

Ist eine Sache, die dem Erblasser nicht oder nicht ganz gehört, Gegenstand des Vermächtnisses, so gelten folgende Grundsätze:

1) Hatte der Erblasser irgend ein Recht an der Sache (z. B. Miteigenthum, Emphyteuse), so kann der Legatar (sofern nicht ein anderer Wille des Testirers erhellt) nur dieses in Anspruch nehmen [1a]). Ist dies nicht der Fall, so ist

2) zu unterscheiden, ob der Erblasser gewußt, daß die Sache ihm nicht gehöre, oder ob er sie irrig für die seinige gehalten habe. Im ersteren Falle muß der Erbe die Sache durch Ankauf dem Legatar verschaffen, oder ihm, wenn der Eigenthümer nicht verkaufen will oder einen übermäßigen Preis fordert, den Werth bezahlen [2]). Im zweiten kann der Honorirte vom Onerirten weder Gewährung des Eigenthumes noch Entrichtung des Werthes verlangen, und denselben auch nicht wegen Eviction der Sache in Anspruch nehmen [3]). Läßt es der Inhalt der Verfügung zweifelhaft, ob der Erblasser die Sache als eine fremde gekannt habe, so ist es Sache des Legatars, den Beweis darüber zu führen [4]). Uebrigens kömmt es auf die Wissenschaft des Erblassers nicht an, wenn der Legatar nahe mit ihm verwandt oder sein Ehegatte ist [5]). Auch ist der

---

1) Vom Vermächtniß einer verpfändeten Sache s. oben §. 614 Nr. 7.

1a) Fr. 5 §. 1, 2, fr. 71 §. 6 de leg. I.; fr. 30 §. 4 de leg. III; fr. 24 de instr. vel instrum. leg. (33, 7). Vergl. fr. 13 §. 4 de fundo dot. (23, 5); fr. 1 §. 7 de superfic. (43, 18). Seufferts Archiv V Nr. 40.

2) §. 4 Inst. de leg. (2, 20), fr. 14 §. 2 de leg. III.

3) §. 4 Inst. cit. Vergl. fr. 67 § 8, fr. 77 §. 8 de legat. II. — Es kann jedoch ein solches Legat dem Legatar Usucapionsbesitz gewähren (§. 619 Nr. 1), unter Hinzurechnung der Besitzzeit des Erblassers, wenn dieser in gutem Glauben war. Fr. 14 §. 1 de usucap. (41, 3).

4) §. 4 Inst. cit., fr. 21 de prob. (22, 2). Vergl. fr. 72 ad SC. Treb. (36, 1).

5) C. 10 de leg. (6, 37): „Vel alia talis persona, cui legaturus esset, et si scisset rem alienam esse." Z. B. wenn der Legatar dem Erblasser wich-

Beschwerte jedenfalls zur Entrichtung verbunden, wenn die Sache ihm gehört[6]). Wird

3) eine Sache vermacht, die dem Legatar schon gehört, so ist das Vermächtniß unwirksam auch in dem Falle, wenn er sie bei Lebzeiten des Erblassers veräußert hat[7]). Auch erlischt das Vermächtniß, wenn der Legatar den Gegenstand desselben von einer andern Seite unentgeltlich erwirbt (s. oben §. 296 Nr. 1). Erfolgt dieser Erwerb nach Errichtung des letzten Willens auf onerose Weise, so gebührt ihm Erstattung des Preises[8]).

---

tige Dienste geleistet hatte, oder durch langjährige Freundschaft eng verbunden war.

6) Vergl. fr. 67 §. 8 de legat. II.; auch fr. 13 §. 4 de fundo dotali (23, 5) und fr. 70 §. 1 de legatis II.: „Si pecunia accepta rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii restituere: non est audiendus legatarius, legato percepto, si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.“ Vergl. indessen oben §. 604 Note 8; §. 613 Note 1. Seufferts Archiv V Nr. 39.

7) §. 10 Inst. de legat. (2, 20). Vergl. fr. 41 §. 2 de leg. I.; C. 13 de legatis (6, 37). Wenn indessen ein solches Legat unter einer Bedingung hinterlassen wurde, und die Sache zur Zeit der Erfüllung veräußert ist, so ist das Vermächtniß wirksam; eben so im Falle der gerade in Voraussicht der Veräußerung gemachten Zuwendung. Vergl. fr. 41 §. 2 de leg. I., fr. 98 de cond. et dem. (35, 1) mit fr. 1 §. 2 de reg. Caton. (34, 7) und fr. 18 de legatis II. Gleiches gilt, wenn dem Legatar das Eigenthum später aus einem vorausgehenden Grunde, z. B. durch restitutio in integrum des früheren Eigenthümers wieder verloren ging. Vergl. fr. 82 §. 1 de legatis I. Ueber die Wirksamkeit eines Vermächtnisses, wenn zwar die Sache zur Zeit der Testamentserrichtung dem Legatar gehörte, aber der Testator schon damals einen Anspruch darauf hatte, daß sie ihm tradirt werde, vergl. fr. 39 §. 2 eod. Hatte der Erblasser an der vermachten, dem Legatar gehörigen Sache dingliche Rechte, so ist das Vermächtniß auf diese zu beziehen, und durch Erlöschung derselben wirksam. Fr. 71 §. 5, fr. 86 §. 4 eod. Ueber den Fall, wenn solche dingliche Rechte nicht dem Testator, sondern einem Dritten zustehen, vergl. fr. 43 §. 3, fr. 86 pr. eodem mit fr. 66 §. 6 de leg. II. Vangerow, Band II. §. 525 S. 445. Hier gelten die oben unter Nr. 2 vorgetragenen Grundsätze.

8) §. 6 Inst. de legatis. Vergl. §. 9 eod.

## §. 632.

### B. Vermächtniß anderer dinglicher Rechte.

Der Erblasser kann dem Legatar ein dingliches Recht bestellen [1]), eine persönliche [2]) oder (das Eigenthum des Legatars am zu berechtigenden Grundstücke vorausgesetzt) eine Prädialservitut [3]), auch ein Pfandrecht [4]), wie eine Emphyteuse oder Superficies [5]). Gegenstand eines Vermächtnisses kann auch die Uebertragung eines schon bestehenden dinglichen Rechtes [6]), oder die Erlassung eines solchen seyn [7]) und an einer vermachten Erbschaftssache dem Onerirten ein dingliches Recht vorbehalten werden [8]).

Für den Fall eines vermachten Nießbrauches sind folgende Grundsätze hervorzuheben [9]):

1) Ist dem Einen der Nießbrauch einer Sache, dem Andern das Eigenthum derselben vermacht, so gebührt Letzterem (abgesehen von besonderer Anordnung des Gegentheiles) auch die Hälfte des Nießbrauches [10]).

---

1) Gehört der Gegenstand des vermachten dinglichen Rechtes einem Dritten, so gilt das im vorigen §en Gesagte.

2) §. 1 Inst. de usufr. (2, 4). Tit. digest. de usu et usufr. legat. (33, 2). Auch die ganze Erbschaft kann Gegenstand des vermachten Nießbrauches seyn. S. §. 639 Nr. 2.

3) §. 4 Inst. de serv. (2, 3). Tit. Digest. de servitute legata (33, 3). Ist eine Wegeservitut vermacht, so steht es dem Erben zu, einen Strich des Grundstückes zur Ausübung anzuweisen. Fr. 26 de serv. praed. rust. (8, 3).

4) Fr. 26 pr. de pign. act. (13, 7).

5) Vergl. fr. 1 §. 7 de superfic. (43, 18).

6) Natürlich die Uebertragbarkeit desselben vorausgesetzt. Vergl. §. 162 zu Note 2 §. 166.

7) Fr. 71 §. 5, fr. 86 §. 4 de legat. I.

8) Fr. 1 §. 4, fr. 2, 3 de usufr. accresc. (7, 2). C. 14 de usufr. (3, 33).

9) Vergl. übrigens Vangerow Bd. II §. 554. S. noch oben §. 611 Nr. 1 lit. a und unten §. 638 Note 1 a. E.

10) Fr. 19 de usu et usufr. leg. (33, 2). Vergl. fr. 26 pr. §. 1 eod.; fr. 9 de usufr. accresc. (7, 2). Glück Commentar Bd. IX S. 188—191. Vangerow Bd. II §. 554 S. 549.

2) Ist ein ideeller Theil des Vermögens Gegenstand des Nießbrauches, so steht es dem Erben frei, den Legatar dadurch abzufinden, daß er ihm nach Betrag des Werthes Renten zahlt[11]).

3) Bei dem Vermächtniß des Nießbrauches (und anderer Personalservituten) tritt das Anwachsungsrecht auch dann in Wirksamkeit, wenn ein Collegatar (re oder re et verbis conjunctus — s. §. 621) nach dem Erwerbe seines Antheiles wegfällt[12]).

4) Ist Jemand eine Sache mit Abzug des Nießbrauches vermacht, so gebührt dieser dem Erben, endigt aber mit dessen Tode[13]).

## §. 633.

## C. Vom Vermächtnisse einer Forderung (legatum nominis)[1]).

Hat der Erblasser eine ihm gegen einen Dritten zustehende Forderung vermacht, so kann der Legatar nicht nur verlangen, daß ihm der Erbe das Klagrecht gegen den Schuldner und alle

---

11) Fr. 32 §, 8 de usu et usufr. leg.

12) Fr. 1 §. 3 de usufr. accr. (7, 2). Vergl. fr. 1 pr., fr. 3 pr. §. 2 eod. Glück Commentar a. a. O. §. 637 a. Vangerow a. a. O. S. 551. Ueber den Satz: „ususfructus non portioni, sed homini accrescit" — insbesondere über fr. 10 de usufr. accresc. — vergl. Vangerow am angef. O. S. 552, III.

13) C. 14 de usufr. (3, 33). Vergl. fr. 26 pr. de usu et usufr. legat. (33, 2). Glück a. a. O. S. 315—323.

1) Haubold de legato nominis. Lips. 1793. (Opusc. ed. Wenck Vol. I. pag. 497 seq.) Vergl. v. Zurhein und Sartorius Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle I, S. 1—12; II, S. 1—4. Geht ein Vermächtniß auf Alles, was der Erblasser von einer gewissen Gattung von Sachen hat (z. B. der Testirer hat seine sämmtlichen Weine, sein sämmtliches Silber vermacht), so sind doch (abgesehen von erweislich abweichendem Willen des Testirers) unter dem Vermächtnisse diejenigen Sachen der fraglichen Gattung nicht begriffen, welche der Erblasser zur Zeit seines Todes noch nicht wirklich in seinem Vermögen, sondern nur kraft eines Obligationsverhältnisses von einem Dritten zu fordern hatte, fr. 27 §. 2, fr. 34 pr. de auro, argento . . . legato (34, 2). Vergl. G. L. Böhmer Rechtsfälle Thl. III, Nr. 193.

dazu dienlichen Behelfe abtrete[2]), sondern auch ohne vorgängige Cession (mit einer actio utilis) die Forderung (auf Hauptsache und Nebenleistungen) geradezu gegen den Schuldner geltend machen[3]).

Stellt sich heraus, daß die vermachte Forderung nicht existire, so ist das Vermächtniß unwirksam[4]) auch in dem Falle, wenn der Erblasser den Betrag der Forderung ausgedrückt hat[5]), sofern nicht erhellt, daß der Erblasser dem Legatar jedenfalls die ausgesprochene Summe zugedacht, und die Forderung nur als etwaiges Zahlungsmittel bezeichnet habe[6]).

Nebstdem erlischt das legatum nominis:

1) wenn der Erblasser Erbe des Schuldners geworden und daher die Forderung durch Confusion aufgehoben ist[7]);

2) wenn der Erblasser die Schuld erlassen[8]), oder

3) bei seinen Lebzeiten die Forderung eingetrieben hat[9]); sofern nicht der Legatar zu zeigen vermag, daß der Erblasser dem-

---

2) §. 21 Inst. de legat. (2, 20). Vergl. fr. 44 §. 6 de legat. I.

3) Const. 18 de legat. I. In Ansehung der Nebenforderungen s. fr. 34 pr. de legat. III.; vergl. fr. 24 pr. de usu et usufr. leg. (33, 2). Ist die Forderung nur obligatio naturalis, so hängt der Erfolg des Vermächtnisses davon ab, ob etwas davon eingeht, fr. 25 §. 1 quando dies leg. ced. (36, 2). Ueber Fälle des Vermächtnisses einer alternativen Forderung, beziehungsweise eines von alternativen Forderungsgegenständen, vergl. fr. 75 §. 4, fr. 76 de leg. I. und fr. 50 de leg. II. S. auch fr. 82 §. 5 de legat. I. Vergl. Puchta Pand. §. 532. Arndts im Rechtslexikon VI S. 337.

4) Fr. 75 §. 1 de legat. I.

5) Fr. 75 §. 2 eod. Vinnii sel. quaest. lib. II. cap. 27. Averanii interpret. lib. V. cap. 21 num. 1—3.

6) S. oben 613 Nr. 4 lit. b. — Ist die Forderung nur demonstrationis causa angewiesen, so haftet der Erbe auch für die Realisirbarkeit (nomen bonum esse). Vgl. Averanii interpretat. lib. II. cap. 27. Hofacker Principia §. 1504.

7) Fr. 21 §. 1 de liber. leg. (34, 3). Eine Novation vernichtet das Vermächtniß nicht. Vergl. fr. 76 §. 3 de legat. II.

8) Fr. 82 §. 5 de leg. I., fr. 88 §. 8 de legat. II.

9) §. 21 Inst. de leg., fr. 75 §. 2 de legat. I. Auch wenn der Schuldner von freien Stücken gezahlt hat, ist der Gegenstand des Vermächtnisses nicht mehr vorhanden, und damit die Wirksamkeit der Zuwendung aufgehoben. Indessen liegt es hier näher, die auf Entrichtung des Betrages gerichtete Absicht des Testators anzunehmen, wenn etwa dieser die bezahlte

ungeachtet die Fortdauer des Vermächtnisses beabsichtigt habe [10]), in welchem Falle ihm der Betrag der erloschenen Forderung zu entrichten ist [11]).

## §. 634.

## D. Vermächtniß der Befreiung von einer Forderung (legatum liberationis).

Der Gegenstand des Vermächtnisses kann auch darin bestehen, daß einem Schuldner des Erblassers oder des Erben die Befreiung von der Schuld vermacht wird [1]). Dieß kann stillschweigend dadurch geschehen, daß der Gläubiger seinem Schuldner den Schuldschein vermacht [2]). Ein solches Legat bewirkt nicht nur, daß der Legatar der Klage des Erben mit der exceptio doli begegnen kann [3]), sondern demselben steht auch eine Klage darauf zu, daß ihm der Erbe über die Tilgung der Forderung quittire [4]).

Soll der Schuldner nur auf einige Zeit befreit seyn, so ist er während derselben der Zinsverbindlichkeit überhoben [5]). Hier

---

Summe zurückgelegt, oder nutzbringende Anschaffungen damit gemacht hat. Vergleiche die Allegate der Note 11. — Hat der Erbe erst nach dem Tode des Erblassers den Betrag der Forderung erhalten, so hat der Legatar Anspruch darauf. Fr. 21 §. 2 de lib. legata.

10) Dazu kann insbesondere der Nachweis des Umstandes dienen, daß die Einhebung zur Befriedigung eines dringenden Bedürfnisses geschah. Arg. fr. 11 §. 12 de legat. III. Uebrigens mögen die in der vorigen Note bemerkten Umstände auch im Falle der geschehenen Eintreibung der Forderung als Behelfe, zum Zwecke des Nachweises der oben bezeichneten Absicht vom Legatar benützt werden. In beiden Fällen liegt der Entscheid in richterlichem Ermessen.

11) Vergl. fr. 11 §. 13, fr. 64 de legat. III., fr. 102 pr. eod. und fr. 96 pr. de legat. I. Voet tit. de legat. §. 22.

1) Fr. 1 pr., fr. 3 pr. de lib. leg. (34, 3). Vergl. fr. 22, 24 eod.

2) Vergl. fr. 1 §. 1, fr. 3 §. 1 eod. S. auch fr. 44 §. 5 de legat. I. (30); fr. 59 de legat. III. (33).

3) Fr. 3 §. 3 de lib. leg.

4) Fr. 3 §. 3, 4, fr. 22 eod. S. auch §. 13 Inst. de legatis (2, 20). — Geiger und Glück Rechtsfälle I Nr. 2.

5) Fr. 8 §. 1, 2 de lib. legat.

wird bei Berechnung der Falcidischen Quart nur das Interusurium (§. 234) in Ansatz gebracht; wohingegen das Vermächtniß vollständiger Schuldbefreiung zu dem vollen Betrage der Schuld anzurechnen ist, wenn gleich der Legatar zahlungsunfähig wäre[5a]).

Einem Mitschuldner in solidum, so wie den Bürgen kömmt das Legat in soweit zu Gute, als sie im Falle der Zahlung den Rückgriff gegen den Legatar hätten[6]).

Wenn die Schuld, von welcher der Legatar frei werden soll, nicht existirt, so hat das Legat keinen Erfolg; auch dann nicht, wenn der Betrag ausgedrückt ist[7]). Nur wenn aus der Fassung der Willenserklärung hervorgeht, oder sonst gezeigt wird, daß der Erblasser jedenfalls den Legatar im Betrage der ausgesprochenen Summe bedenken wollte, so ist das Vermächtniß in der Art wirksam, daß der Legatar die Entrichtung der angegebenen Summe fordern kann[8]).

Das legatum liberationis erlischt, wenn die fragliche Schuld bei Lebzeiten des Erblassers heimgezahlt wird, sofern nicht gezeigt wird, daß der Erblasser demungeachtet die Fortdauer desselben (also Zurückgabe des Gezahlten) gewollt habe[9]).

Ist dem Legatar vermacht, was er einem Dritten schuldig ist, so liegt dem Erben ob, ihn durch Befriedigung des Gläubigers von der Schuld frei zu machen[10]).

---

5a) Fr. 22 §. 3 ad. leg. Falcid. (35, 2). Natürlich wird dann in gleichem Maße auch die Forderung bei der Schätzung des Vermögens mitgerechnet. Arndts im Rechtslexikon VI S. 340.

6) Vergl. fr. 5 pr. mit fr. 2 pr., fr. 3 §. 3, fr. 31 §. 2, 3 de liberat. leg.

7) Vergl. fr. 13, 25, 31 pr. eod. Im angeführten fr. 25 ist der Satz: Sed poterit hoc dici . . . damnas esto non petere? als Fragesatz aufzufassen, wobei in der Frage zugleich die verneinende Antwort liegt. Arndts ad l. 25 Dig. de liberat. legata (Berolini 1825). Vangerow Bd. II. §. 555. v. Zurhein und Sartorius Rechtsfälle II, S. 5—48.

8) Fr. 31 pr. „prius quidem etc.“

9) Fr. 7 §. 4, fr. 21 pr. §. 1 eod.

10) Fr. 4 eod. Hier ist auch der Gläubiger des Legatars als honorirt zu betrachten, indem diesem nun, nebst dem bisherigen Schuldner, auch der Onerirte haftet. Fr. 3 in fine eod.: „ . . . interesse enim, duos reos habere.“

§. 635.

## E. Legatum debiti.

Das legatum debiti besteht darin, daß der Erblasser dem Legatar vermacht, was er ihm schuldig ist. Hierüber gelten folgende Grundsätze:

1) Ein Vermächtniß dieser Art ist wirksam, wenn es dem Legatar einen Vortheil verschafft[1]). Dieser Vortheil kann darin bestehen[2]), daß die Forderung des Legatars nunmehr in Ansehung der früher vorhandenen Bedingungen und Zeitbestimmungen und dergl. vortheilhafter gestellt ist[3]), oder daß die Einreden, welche der Erblasser dagegen hatte, nun nicht mehr stattfinden[4]), oder daß die Forderung jetzt durch das gesetzliche Pfandrecht der Legatare gesichert ist[5]).

2) Hat der Erblasser den Gegenstand und Betrag der Schuld genau angegeben, so ist der Legatar eines weiteren Beweises seiner Forderung überhoben; ja er kann sogar die Entrichtung des angegebenen Betrages verlangen, wenn auch die Schuld nicht existirte[6]).

---

1) §. 11 Inst. de legat. (2, 20); fr. 28, 29 de legat. I.; fr. 11, 13, 14 de lib. legat. (34, 3). Von dem Vortheil, den der Legatar hat (z. B. von dem Interusurium bei beschleunigter Zahlung) kann auch der Abzug der Falcidischen Quart stattfinden. Fr. 1 §. 10 ad leg. Falcid. (35, 2), fr. 1 §. 12 de dote praeleg. (33, 4). Vergl. Weber zu Höpfner §. 599 Note 1.

2) Hat der Gläubiger keinen Vortheil, so kann doch das legatum debiti einem Andern zu Statten kommen, z. B. den Miterben, wenn die Zahlung der Schuld Einem derselben aufgelegt wurde (fr. 7 §. 3 de lib. leg.); oder dem Hauptschuldner, wenn der Bürge ein solches Vermächtniß angeordnet hat. Fr. 49 §. 6 eod.

3) Fr. 29 de legat. I.: „Sin autem neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur, inutile est legatum." — Vgl. fr. 28 §. 1 eod.; fr. 14 de lib. leg. (34, 3).

4) Fr. 13 de lib. leg. (34, 3).

5) Schweppe RPR. §. 926. Der Vortheil kann auch darin bestehen, daß der Legatar nun in der actio ex testamento (§. 618) eine a. perpetua hat, während die ursprüngliche Forderungsklage von kurzer Dauer war. Vergl. fr. 28 pr. de legat. I.

6) §. 15 Inst de legat. (2, 20); fr. 75 §. 1 in fine de legat. I.; fr. 88 §. 10 de legat. II.; fr. 25 de lib. leg. (34, 3). Vinnii sel. quaest. lib. II. cap. 27.

Fehlt es hingegen an der Angabe des Betrages, so liegt dem Legatar der Beweis seiner Forderung ob [7]).

3) Hat der Erblasser seinem Gläubiger gerade so viel vermacht, als er ihm schuldig ist, ohne dabei zu erklären, daß er dem Legatar die vermachte Summe schuldig sey, so kann dieser nebst der Entrichtung des Vermächtnisses auch noch die Berichtigung seiner Forderung begehren [8]).

4) Eine Art des legatum debiti ist das praelegatum dotis, durch welches der Mann die empfangene Brautgabe Demjenigen vermacht, der sie nach Aufhebung der Ehe zurückfordern kann [9]). Dasselbe bewirkt insbesondere, daß die Zurückforderung keinen Aufschub erleidet [10]), und eine Gegenforderung auf Ersatz nützlicher Verwendungen nicht Platz greift [11]).

Ist dem Legatar vermacht, was ihm ein Dritter schuldig ist, so kann er vom Erben begehren, daß er statt des Schuldners Zahlung leiste [12]).

## §. 636.

## F. Vermächtniß einer Brautgabe [1]).

Wurde eine Sache oder Summe zur Brautgabe vermacht (legatum dotis), so ist die Frage, ob ein solches Vermächtniß als

7) Fr. 75 §. 1 cit.

8) Vergl. fr. 85 de legat. II.; Const. 16 de legat. (6, 37). Dieß kann natürlich keine Anwendung finden, wenn ein entgegengesetzter Wille des Erblassers bewiesen wird. — Wenn der Vater seiner Tochter eine Dos schuldet, so muß sie sich das von ihm erhaltene Vermächtniß anrechnen lassen. Fr. 84 §. 6 de legat. I.; fr. 22 §. 3 de solut. matr. (24, 3).

9) Vgl. §. 15 Inst. de leg. (2, 20), fr. 1, 5—7 de dot. praeleg. (33, 4). Wurden Sachen oder Summen als zurückzugebende Dos vermacht, obwohl der Testator keine Dos empfangen hatte, so gilt das oben zu Nr. 2 Bemerkte; wogegen das Vermächtniß erlischt, wenn die dos praelegata vom Manne schon bei Lebzeiten zurückgegeben wird. Vergl. §. 15 Inst. de leg. mit fr. 1 §. 5, fr. 6 §. 1 de dote praeleg.

10) Vergl. fr. 1 §. 2 mit fr. 5 eod.

11) Fr. 1 §. 4 vergl. mit fr. 5 eod. Anders verhält sich die Sache in Ansehung der impensae necessariae, welche die Dos ipso jure vermindern. Fr. 5 cit. Vergl. oben §. 462 Note 3.

12) Fr. 3 §. 5, fr. 4 de liberat. leg.

1) Vergl. Hasse das Güterrecht der Ehegatten I. §. 88, 89. Arndts im Rechtslexikon VI S. 340.

bedingtes oder als legatum sub modo zu behandeln sey, nach der Absicht des Testirers zu beantworten[2]). Ist das Vermächtniß in Rücksicht auf die Verheirathung mit einem bestimmten Manne angeordnet, so kann dieser der Honorirte oder doch mithonorirt seyn[3]). In solchem Falle kann, wenn die Heirath durch Schuld des Mannes nicht zu Stande kömmt, das Frauenzimmer dennoch die Entrichtung verlangen[4]).

Ist eine Brautgabe überhaupt vermacht, so ist der Betrag nach billigem Ermessen festzusetzen[5]).

§. 637.

## G. Vermächtniß von Alimenten.

Sind Jemanden Alimente vermacht, so gebührt ihm Nahrung, Kleidung und Wohnung, nicht aber der zur Erziehung und Bildung erforderliche Aufwand[1]). Bei Bestimmung des Maßes ist, wenn der Erblasser nichts darüber festsetzte, darauf zu sehen, was derselbe bei seinen Lebzeiten zu diesem Zwecke aufzuwenden pflegte, ferner auf die Größe der Erbschaft, auf den Stand des Legatars und auf dessen Verhältnisse zum Erblasser[2]).

Das Vermächtniß von Alimenten hat, insofern seine Entrichtung terminweise geschieht, die Natur des Rentenvermächtnisses[2a]), und ist in folgenden Punkten besonders begünstigt:

---

2) S. besonders fr. 71 §. 3 de cond. et dem. (35, 1). Vergl. fr. 3, 21 de jure dot. (23, 3); fr. 4 §. 2 de pactis (2, 14). S. auch Nov. 123 cap. 37. Vgl. oben §. 81.

3) Vgl. über die Frage, ob die Klage aus einem solchen Vermächtnisse dem Manne oder beiden Ehegatten zustehe, fr. 48 §. 1 de jure dot. (23, 3), fr. 71 §. 3 cit. mit fr. 69 §. 2 de leg. I. Siehe auch fr. 77 §. 9 de leg. II.

4) Fr. 71 §. 3 cit.: „quod si nolit &c.“

5) Vgl. fr. 43 de leg. III. mit fr. 69 §. 4 de jure dot. (23, 3).

1) Fr. 6, 7 de aliment. legatis (34, 1); fr. 23 eodem. Vergl. fr. 12 de leg. III.

2) Fr. 12, 14 §. 2, fr. 22 de alim. legat. Vergl. §. 520 Note 17, §. 614 Note 4. Seufferts Archiv III, Nr. 84.

2a) Fr. 20 quando dies (36, 2). Vgl. §. 638.

1) Alimente können auch denjenigen Personen, die nicht erbfähig sind, vermacht werden[3]).

2) Sind Alimente bis zur Mündigkeit des Legatars vermacht, so ist darunter die sog. plena pubertas (s. oben §. 43) zu verstehen[4]).

3) Verträge, durch welche der Legatar für das Vermächtniß der Alimente abgefunden werden soll, erfordern zu ihrer Giltigkeit die obrigkeitliche Bestätigung (s. oben 372).

4) Der in §. 621 Nr. 1 erwähnte verhältnißmäßige Abzug fällt bei dem Alimentenvermächtnisse weg[5]).

5) Gantgläubiger des Legatars können das ihm zur Lebensnothdurft Vermachte nicht für sich in Anspruch nehmen[6]).

## §. 638.

## H. Rentenvermächtniß (legatum annuum).

Das Rentenvermächtniß besteht in wiederkehrenden Reichnissen, welche der Legatar in gewissen Zeitabschnitten (Jahr, Monat, Woche, Tag) erhalten soll[1]). Hierüber gelten folgende Grundsätze:

---

3) Fr. 11, 17 de alim. leg.; fr. 3 pr. de his quae pro non scriptis (34, 8).

4) Fr. 14 pr. §. 1 de alim. leg. Ein der Zeit nach unbestimmtes Alimentenvermächtniß beschränkt sich nicht auf die Zeit der Bedürftigkeit (vergl. §. 449 Seite 17), sondern erstreckt seine Wirkung bis zum Tode des Legatars. Fr. 26 quando dies legat.

5) Fr. 77 §. 1 de legat. II. Natürlich haftet der Onerirte nur insoweit, als die ihm gemachte Zuwendung zur Deckung der vermachten Alimente hinreicht.

6) Fr. 6 de cess. bon. (42, 3). Seufferts Archiv a. a. O.

1) Mit dem legatum annuum ist es nicht zu verwechseln, wenn die Entrichtung eines vermachten Ganzen zur Erleichterung des Erben in mehrere Termine vertheilt ist. Hier gilt das Legat in Ansehung sämmtlicher Fristenzahlungen als unbedingt, so daß der Legatar das Recht auf die späteren an seine Erben transmittirt, ohne den Eintritt der einzelnen Termine erleben zu müssen. Fr. 3 de ann. leg. (33, 1); fr. 12 §. 4, fr. 20, 26 §. 2 quando dies leg. (36, 2). Sind die Einkünfte einer bestimmten Sache vermacht, so bestimmt diese Beziehung auf eine Sache nur die Größe der Rente, ohne daß der Legatar ein Recht an der Sache selbst erhielte. Fr. 38 de usu et usufr. leg. (33, 2); fr. 22, 25 eodem.

1) Das Recht auf die erste Terminsleistung erwirbt der Legatar in dem Augenblicke, da der Erblasser stirbt. In Ansehung der späteren Reichnisse[2]) wird das Legat als bedingtes behandelt, indem der Erwerb bei jedem Termine davon abhängt, daß der Legatar den Anfang desselben, z. B. des Jahres, Monats ꝛc. erlebt[3]). Hat er aber gleich nur den Anfang erlebt, so kann sein Erbe die ganze für diesen Termin bestimmte Rente in Anspruch nehmen[4]).

2) Die Wirksamkeit des Vermächtnisses ist auf die Lebensdauer des Legatars beschränkt[5]), sofern nicht der Erblasser die Fortzahlung an die Erben des Legatars verordnet hat, was im Zweifel auch auf die Erbeserben zu beziehen ist[6]). Auch kann natürlich die Regel nicht gelten, wenn eine juristische Person Legatar ist[7]).

3) Ueber die Verjährung s. oben §. 28 Note 2.

---

2) Ueber Cautionsleistung bei Vermächtnissen dieser Art vergl. Seufferts Archiv I, Nr. 103.

3) Fr. 4 de annuis legatis (33, 1): „Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale: videri enim hanc inesse conditionem, *si vivat*, et ideo, mortuo eo, ad heredem legatum non transire.“ Vergl. fr. 8 eod.

4) Fr. 8 cit.: „Illud certe amplius est in hoc legato, quod *ingressu* cujuslibet anni, si decesserit legatarius, *anni legatum heredi suo* relinquit.“ Vgl. fr. 5 eod.

5) Fr. 4, 8 eod. Vgl. fr. 26 in f. quando dies (36, 2).

6) C. 22 de leg. (6, 37). Vgl. fr. 65 de V. S.

7) C. 46 §. 9 de episc. et cler. (1, 3). Vergl. fr. 6, 20 §. 1 de ann. leg. (33, 1).

## Vierter Abschnitt.

# Von den Universalfideicommissen.

## §. 639.

### I. Begriff. Vorbemerkung.

Das Universalfideicommiß besteht in einer Verfügung des Erblassers, durch welche dem (directen) Erben (heres fiduciarius) aufgelegt wird, die Erbschaft ganz oder zum (aliquoten) Theile einem Dritten (heres fideicommissarius) herauszugeben oder zu hinterlassen.

Das Universalfideicommiß hat Aehnlichkeit

1) mit der Vulgarsubstitution[1]). In beiden Fällen tritt ein anderer Erbe in die Stelle des ersten. Allein im Falle der Substitution ist die Succession des zweiten Erben dadurch bedingt, daß der erste, ohne zu erwerben, wegfällt, wohingegen beim Universalfideicommisse der erste Erbe die von ihm erworbene Erbschaft an den zweiten herausgeben soll. (S. indessen §. 645).

Im Zweifel, ob eine Substitution oder ein Universalfideicommiß angeordnet sey, soll für das erstere entschieden werden[2]). Eine scheinbare Aehnlichkeit mit dem Universalfideicommisse ist

2) auch dann gegeben, wenn der Erblasser dem Einen den lebenslänglichen Nießbrauch seines Vermögens vermacht, den Andern zur Proprietät berufen hat[3]). Der Letztere erhält, wie der Universalfideicommissar, den Genuß der Erbschaft nicht unmittelbar vom Erblasser, sondern mittelbar aus den Händen des Nutz-

---

1) Demgemäß wird das Universalfideicommiß mitunter als substitutio fideicommissaria (im Gegensatze der directa) bezeichnet. Vgl. C. 16 de pactis (2, 3) mit C. 5 de impub. et aliis subst. (6, 26).

2) Cap. 1 de test. in VIto (3, 11).

3) Vgl. fr. 32 §. 1 de usufr. leg. (38, 2); C. 1 de usufr. (3, 33).

nießers. Allein dieser, der Nutznießer, wird nicht Erbe, sondern bekömmt den Nießbrauch des ganzen Vermögens nur als Legatar[4]; wohingegen der Andere allerdings unmittelbar Erbe wird, und bis zum Tode des Ersteren nur den Genuß entbehrt[5]. — Ebenso ist

3) mit dem Universalfideicommisse der Fall nicht zu verwechseln, wenn dem Erben aufgegeben ist, eine ihm von einem Dritten angefallene Erbschaft an den Honorirten herauszugeben[6]. Fälle dieser Art sind nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche von dem Vermächtnisse einer dem Erben gehörigen Sache gelten (s. oben §. 631).

Die für die Vermächtnisse in Ansehung der Fähigkeit der Personen[7], der Weise der Errichtung[8], der Art des Erwerbes[9], der Sicherstellung[10] (s. oben §. 517) und des Anwachsungsrechtes[11] vorgetragenen Rechtssätze sind, soweit nicht in den folgen-

---

4) Ueber den Abzug der Falcidischen Quart vgl. fr. 29 de usufr. (7, 1) in Verbindung mit fr. 47 pr. und fr. 68 ad leg. Falc. (35, 2). — Vergl. Fritz in v. Löhrs Mag. IV, S. 298 ff.

5) Vergl. Thibaut, P. R. §. 805 (8. Ausg. §. 656) II. Siehe indessen G. L. Böhmer, Rechtsfälle II, Nr. 112.

6) Vergl. fr. 17 §. 1, fr. 27 §. 8, 9, 10 ad SC. Treb. (36, 1) mit fr. 114 §. 7 de leg. I. Pufendorf, Obs. II, 80. — Siehe dagegen von dem (unter die Universalfideicommisse zu stellenden) Falle, wenn eine Erbschaft, welche der Erblasser selbst gemacht hatte, herausgegeben werden soll, fr. 16 §. 5 eod. Puchta, Vorl. zu §. 553.

7) Fiduciar kann nicht nur jeder directe Erbe, sondern auch der Fideicommissarerbe seyn, sofern nämlich eine weitere Restitution angeordnet ist. Vgl. §. 11 Inst. de fideic. her. (2, 33). S. auch fr. 1 §. 8, fr. 55 §. 2 ad SC. Treb. (36, 1).

8) §. 2 Inst. de codicillis (2, 25). Vergl. oben §. 608, 609 Note 1 und Nr. 2, §. 610.

9) So gelten insbesondere die Grundsätze über das cedere und venire diem auch von den Universalfideicommissen. Vgl. fr. 25 pr., fr. 46 ad SC. Treb. (36, 1). C. 21 de fideic. (6, 42). Geiger und Glück, merkw. Rechtsf. I, Nr. 8. — S. oben §. 611.

10) Hat der Erblasser dem Fideicommissar untersagt, Caution vom Fiduciar zu verlangen, so ist damit der Anspruch auf Inventarisation nicht entzogen. Bl. f. R.-A. XI, 14.

11) C. un. §. 11 de cad. toll. (6, 51).

den Hen Abweichungen und Besonderheiten vorkommen, auch für die Universalfideicommisse anzuwenden.

§. 640.

## II. Von der Errichtung.

Die Errichtung geschieht entweder durch ausdrückliche Anordnung [1]) oder durch andere Verfügungen des Erblassers, welche mittelbar darauf gerichtet sind. Insbesondere wird es als Anordnung eines Universalfideicommisses betrachtet:

1) wenn der Erblasser dem Erben aufgibt, eine gewisse Person zum Erben einzusetzen [1a]), oder

2) mit einer gewissen Person zu theilen [2]), oder

3) sich mit bestimmten Sachen oder Summen zu begnügen [3]), oder

4) die Errichtung eines Testamentes zu unterlassen [4]),

Nebstdem kann ein Universalfideicommiß durch die Wirksamkeit der Codicillarclausel entstehen [4a]) (s. oben 602), und eine in einem Codicille errichtete Pupillarsubstitution ist als Fideicommiß wirksam, wenn gleich die Clausel nicht beigefügt war [5]).

---

1) Auch als Wunsch, Bitte u. dgl. kann diese ausgesprochen seyn. Fr. 115 de legat. I. C. 2 commun. de leg. (6, 43). Seufferts Archiv II, Nr. 206, V, Nr. 207.

1a) Fr. 17 pr., fr. 77 §. 25, fr. 88 §. 16 ad SC. Trebellianum (36, 1). Die Wirksamkeit einer solchen Anordnung unterliegt der in §. 604 zu Note 8 angeführten Beschränkung. Vgl. indessen §. 532b zu Note 6.

2) Fr. 19 §. 1, fr. 78 pr. eod.

3) Fr. 69 pr. de leg. II. Hier gereicht das Fideicommiß zum Vortheile der mit dem Fiduciar concurrirenden Testamentserben, oder der Intestaterben des Erblassers.

4) Fr. 74 pr. ad SC. Trebellianum (36, 1). Hier sind die Intestaterben des Fiduciars zum Fideicommiß berufen. Auch von diesem Falle gilt das zu Note 1 Bemerkte.

4a) Diese Wirksamkeit erstreckt sich nicht auf den Fall, wenn ein älteres Testament durch giltige Errichtung eines neuen entkräftet wurde (§. 548); indem hier die gänzliche Entkräftung des älteren Testamentes auch die Wirksamkeit der darin enthaltenen Clausel ausschließt. S. oben §. 627 Note 1.

5) Fr. 76 eod.

Hat ein Ascendent einen Descendenten zum Erben eingesetzt und mit einem Universalfideicommiß beschwert, so ist dasselbe stillschweigend dadurch bedingt, daß der Fiduciar, ohne Kinder zu hinterlassen, stirbt[6]).

§. 641.

## III. Rechtsverhältnisse aus dem Universalfideicommiß.

### A. Wenn der Fiduciar Erbe geworden ist.

#### 1) Verbindlichkeiten des Fiduciars vor Entrichtung des Fideicommisses.

Der Fiduciar übernimmt durch die Antretung der Erbschaft die Verbindlichkeit (vergl. oben §. 613), das ihm aufgelegte Universalfideicommiß zu erfüllen. Diese Verbindlichkeit bringt es mit sich, daß er

a) die Objecte der Fideicommißfolge mit derselben Sorgfalt bewahre, welche er seinen eigenen Sachen zu widmen pflegt[1]) und

b) nichts davon veräußere; indem der Fideicommissar, sobald die Fideicommißfolge eintritt, jede das Fideicommiß schmälernde Veräußerung als nichtig anfechten, und die veräußerte Sache auch von dem dritten Besitzer vindiciren kann[2]). Ausnahmsweise ist die Veräußerung erlaubt und giltig[3]):

---

6) Fr. 102 de cond. et demonstr. (35, 1); Const. 30 de fideicomm. (6, 42); Const. 6 de instit. et substit. (6, 25). Vergl. fr. 17 §. 7 ad SC. Treb. (36, 1).

1) Vorausgesetzt, daß er nur theilweise restituirt, sonst ist die Haftung auf dolus und culpa lata beschränkt. Vergl. fr. 19 §. 2, fr. 22 §. 3 eodem. v. Löhr, Theorie der Culpa S. 170.

2) C. 3 §. 2—4 comm. de leg. (6, 43). Vergl. v. Löhr im Mag. Bd. 4 S. 96. Siehe aber Zimmern im A. f. c. Pr. VIII, S. 156. Unter Veräußerungen sind auch Belastungen gemeint.

3) S. auch fr. 89 §. 7 de legatis II.: „Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cujus post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor, infructuosum rationi suae existimans, vendidit: — emtor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur, an vero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeatur?

α) wenn alle Interessenten einwilligen[4]);

β) wenn sie nothwendig ist, um zur Zahlung der Erbschaftsschulden Geld zu schaffen[5]);

γ) wenn Sachen veräußert werden, deren Aufbewahrung nicht möglich ist[6]);

δ) wenn ein Kind des Erblassers Fiduciar ist, und ohne den Nachlaß anzugreifen, außer Stand wäre, seinem Ehegatten eine dos oder donatio propter nuptias zu bestellen[7]);

ε) wenn der Erblasser Veräußerungen gestattet hat[8]);

ζ) wenn Gläubiger des Fiduciars diejenigen Antheile an Fideicommißobjecten, welche demselben nach Anordnung des Erblassers oder nach den Grundsätzen von der Trebellianischen Quart (§. 643) oder dem Pflichttheil (§. 653) verbleiben, als Executionsmittel in Anspruch nehmen[9]).

---

— Respondi, propter justam ignorantiam tam mulieris, quam emtoris, heredem mulieris, ut fundus apud emtorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere."

4) C. 11 de fideic. (6, 42).

5) Fr. 38 pr. de leg. III. Vgl. fr. 114 §. 14 in f. de leg. I.

6) Vgl. fr. 22 §. 3 ad SC. Treb. (36, 1). Vgl. aber fr. 70 §. 3, fr. 71, 72 de legat. II.: „Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restituetur."

7) Fr. 22 §. 4 ad SC. Trebell., wo es am Schlusse heißt: „Quod si tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfieri, potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso." Siehe Nov. 39 cap. 1. Vergleiche indessen Marezoll in von Löhrs Magazin IV, S. 223.

8) Vgl. fr. 70 §. 3, fr. 71 de leg. II.

9) Seufferts Archiv III, Nr. 354. Noch auf andere Weise können die Gläubiger des Fiduciars, um das diesem verbleibende Erbgut als Befriedigungsmittel zu benützen, zu Werke gehen. So wie überhaupt Gläubiger befugt sind, Klagerechte, welche ihren Schuldnern zustehen, hilfsvollstreckungsweise geltend zu machen, so mag dies auch mit der actio familiae erciscundae geschehen, mit welcher ein Fiduciar gegen den Fideicommissar auf Erbtheilung klagen könnte (§. 590). Die Gläubiger erlangen so die Zuweisung bestimmter Sachen auf den Erbschaftsantheil ihres Schuldners, und die zugewiesenen der Zwangsveräußerung zu unterwerfen, waltet kein Hinderniß ob. — Freilich kann auf Rechnung der Trebellianischen Quart eine solche Zuweisung von Erbschaftssachen

Ist dem Fiduciar aufgegeben, dem Fideicommissar zu hinterlassen, was bei seinem, des Fiduciars, Tode noch übrig seyn werde, so darf dieser über drei Viertheile der Erbschaft frei schalten und walten, und ist nur zur Hinterlassung eines Viertheiles verbunden [10]), ohne jedoch über Dasjenige, was bei seinem Tode übrig ist, von Todeswegen verfügen zu können [11]). Vgl. indessen §. 643 Note 1, §. 653 Note 10.

---

nicht stattfinden, wenn noch die Deckung der Quart durch Fruchtgenuß der Zwischenzeit (§. 643 zu Note 4a, 5) in Aussicht steht.

10) Nov. 108 cap. 1, 2. Quistorp, rechtl. Bemerk. Th. II. Nr. 14. Im Falle der Noth oder zum Loskaufen von Gefangenen darf auch das Viertheil angegriffen werden. Nov. 108 cap. 1, 2. Vgl. fr. 54 ad SC. Treb.; fr. 70 §. 3, fr. 71, 72 de leg. II.

11) Pufendorf, Obs. II, 87. v. Bülow und Hagemann, praktische Erörter. V, Nr. 50. — Ist beim Tode des Fiduciars weniger als ein Viertheil übrig, so ist das hieran Fehlende aus dem sonstigen Nachlasse des Fiduciars, und nöthigenfalls durch Vindication der Erbschaftssachen (s. oben lit. b), durch deren Veräußerung das Viertheil angegriffen wurde, zu ergänzen. Was übrigens von dem Nachlasse des Fiduciars als Theil und Gegenstand des Fideicommisses in Anspruch genommen werden könne, das bestimmt sich nach dem Inventar über die mit dem Fideicommisse beschwerte Erbschaft, oder den sonstigen Nachweisungen über die Bestandtheile derselben, welche der Fideicommissar von dem Erben des Fiduciars verlangen, beziehungsweise seinerseits beibringen kann. Hatte der Fiduciar für Erbschaftsgelder Sachen angeschafft, oder mit dem für veräußerte Erbschaftssachen eingenommenen Gelde Capitalien angelegt, oder überhaupt durch Veräußerungen aus der fraglichen Erbschaft sein Vermögen auf andere Weise vermehrt, so können diese Anschaffungen oder Erwerbungen von dem Fideicommissar nicht in Anspruch genommen werden. Die Wirksamkeit des Satzes „res succedit in locum pretii et pretium in locum rei“ (§. 578) erstreckt sich nicht auf diesen Fall. — Auf der anderen Seite können die Erben des Fiduciars die Herausgabe der aus dem Nachlasse des Fideicommittenten noch vorhandenen Sachen nicht durch die Einrede beanstanden: der Fiduciar habe, um diese Gegenstände zu behaupten, von seinem eigenen Vermögen zugesetzt. Bl. für R.-A. Bd. 13 S. 221. — Ueber die — abgesehen von entgegenstehender Verfügung des Testirers — zufolge cap. 2 der Nov. 108 gebührende Sicherheitsleistung bei dem fideicommissum ejus, quidquid heredi supererit, — s. ebd. S. 363. Vgl. auch Seufferts Archiv II, Nr. 209.

## §. 642.

### 2) Von der Entrichtung des Fideicommisses und den Klagen aus demselben.

Ueber Zeit und Gegenstand der Fideicommißfolge entscheidet die Anordnung des Erblassers. Ist das Fideicommiß schlechthin, ohne Bedingung und Zeitbestimmung, angeordnet, so ist der Erbe sofort nach dem Erwerbe der Erbschaft zur Entrichtung verbunden. Beigefügte Nebenbestimmungen haben hier dieselbe Wirkung, wie bei Vermächtnissen. Wird vermöge einer solchen die Entrichtung des Fideicommisses erst in der Folgezeit herbeigeführt, so sind die von der Antretung an bis dahin erwachsenden Früchte Gewinn des Fiduciars [1]).

Hat, was den Gegenstand der Entrichtung betrifft, der Erblasser verfügt, der Erbe solle Alles, was er von ihm empfängt, kraft des Fideicommisses herausgeben, so erstreckt sich dies sogar auf die dem Fiduciar von Miterben entrichteten Prälegate [2]), nicht aber auf diejenigen Güter, welche ihm der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten zuwandte [3]), noch weniger auf Das, was ihm von Rechtswegen gebührt [4]).

Geht das angeordnete Fideicommiß nur auf die Erbschaft oder einen Erbtheil, so sind der Restitution nebst diesem Hauptgegenstande auch die vor Antretung der Erbschaft gezogenen Früchte unterworfen [5]). Diese erstreckt sich aber nicht

---

1) Fr. 18 pr. §. 2, fr. 27 §. 1 ad SC. Trebellianum. — Eine Folge hiervon ist, daß der Fiduciar bis zur Entrichtung die gewöhnlichen Unterhaltungskosten tragen muß, ohne sie dem Fideicommissar aufrechnen zu können. — Wohl aber gebührt ihm der Ersatz außerordentlicher Verwendungen, welche durch besondere Zufälle veranlaßt wurden. Fr. 40 §. 1 de cond. indeb. (12, 6); fr. 58 de legatis I.; fr. 22 §. 3 ad SC. Trebell.; fr. 19 §. 2 eodem.

2) Vgl. fr. 3 §. 4 eodem; C. 16 de fideic. (6, 42).

3) Fr. 59 §. 1, fr. 62 pr. ad SC. Treb.

4) Fr. 77 §. 12 de legatis II.: „Dos praelegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur, quam dari."

5) Fr. 27 §. 1 ad SC. Treb. (36, 1).

1) auf die bis zum Eintritt der Fideicommißfolge (dies fideicommissi) oder in Folge unterlassener Geltendmachung der Fideicommißrechte gezogenen Früchte[6]);

2) auf die Prälegate, soweit sie dem Fiduciar von seinen Miterben entrichtet werden[7]);

3) auf diejenigen Sachen, welche der Erblasser dem Fiduciar ausdrücklich vorbehalten hat[8]);

4) auf den (zufolge einer Vulgarsubstitution oder durch das jus accrescendi) zuwachsenden Erbtheil eines wegfallenden Miterben[9]);

5) auf Dasjenige, was dem Fiduciar von einem Legatar, Miterben oder dem Fideicommissar zur Erfüllung einer Bedingung entrichtet wird[10]).

Die dem Fideicommissar gegen den Fiduciar auf Entrichtung des Fideicommisses zustehende Klage heißt petitio fideicommissi[11]). Der Fideicommissar hat ferner, da er durch den Eintritt der Fideicommißfolge die Eigenschaft eines Erben erhält, zur Geltendmachung seines Erbrechtes die hereditatis pet. fideicommissaria[12]), so

---

6) Fr. 18 §. 2, fr. 22 §. 2, fr. 44 §. 1 eod. Vgl. aber fr. 18 pr. eodem: „In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus, nisi ex mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus, et fructus restituere.“ Vangerow, Bd. II. S. 499 f. E. Hoffmann in der Gießener Zeitschrift N. F. I, Nr. 3.

7) Fr. 18 §. 3 und fr. 3 §. 4 eod. Vgl. fr. 96 de leg. III.; C. 16 de fideic. (6, 42). S. auch fr. 86 ad leg. Falcid. (35, 2). Vangerow a. a. O. §. 523 S. 429.

8) §. 9 Inst. de fideic. her. (2, 23).

9) Arg. (a contr.) fr. 43 ad SC. Treb. S. indessen Vangerow, Bd. II. §. 494 Seite 328. Natürlich ist die Nachweisung einer abweichenden Willensmeinung des Testirers vorbehalten.

10) Fr. 44 §. 4, 5, 7 de cond. et dem. (35, 1).

11) Sie entspringt aus dem Quasicontracte, welcher durch die Antretung der Erbschaft von Seite des Fiduciars begründet wird.

12) Fr. 1 de fideicomm. her. petit. (5, 6): „Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, *quibus restituta est hereditas.* Nam quisquis suscepit *restitutam* hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt (vergl. §. 4 Inst. de fideicomm. her. 2, 23), fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit.“ Vergleiche fr. 37 ad SC. Trebellianum (36, 1):

wie auch zur Verfolgung der einzelnen in der Erbschaft enthaltenen Rechte die denselben entsprechenden speciellen Klagen[13]). Ueber die dem Fideicommissar zukommende Erbtheilungsklage s. §. 590, lit. a.

## §. 643.

### 3) Von der Trebellianischen Quart.

Nach Analogie der Grundsätze von der Falcidischen Quart ist es Regel, daß dem Fiduciar der vierte Theil der Erbschaft oder seines Erbtheiles verbleibe[1]). Geht nun das Fideicommiß nicht blos auf einen Theil oder doch über drei Viertheile, so kömmt es zum Abzuge der sog. Trebellianischen Quart. Hierüber gelten folgende Regeln:

1) Der Abzug geschieht von der ganzen Masse, d. h. der Fiduciar ist nicht befugt, diese oder jene Sachen zur Bildung seines Viertheiles auszuwählen, sofern ihm nicht der Erblasser gestattet hat, einzelne Sachen, deren Werth dem gebührenden Viertheil gleichkömmt, zurückzubehalten[2]).

2) In die Trebellianische Quart wird (wie in die Falcidische) nur Dasjenige eingerechnet, was der Fiduciar in der Eigenschaft

---

„Restituta hereditas videtur, aut re ipsa: si forte passus est heres possideri res hereditarias, vel totas, vel aliquas earum, hac mente, ut vellet restituere et ille suscipere . . . . Sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. Sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistolam vel per nuntium restituat, auditur . . . .“ Nach dem neuesten Rechte wird der Eintritt des Fideicommissars in die Eigenschaft eines Erben durch Restitutionsweigerung von Seite des Fiduciars nicht mehr gehindert, C. 7 §. 1 ad SC. Treb. (6, 49); wonach die frühere praktische Bedeutung des *„quibus restituta est hereditas“* nicht mehr besteht. Vgl. §. 644.

13) Fr. 3 §. 2 de fideic. her. pet. (5, 6); C. 1, C. 3 §. 2, 3 comm. de leg. (6, 43).

1) §. 5 et sequ. Inst. de fideic. her. (2, 23). Bei dem Fideicommisse de eo quod superest (§. 641 a. E.) ist der Abzug der Quart nicht ausgeschlossen. Seufferts Archiv II, Nr. 209.

2) §. 9 Inst. eod. Vgl. indessen fr. 58 §. 3 ad SC. Treb. (36, 1). Vangerow, Bd. II. §. 536 S. 490 f.

als Erbe erhält[3]; daher wohl der Preis veräußerter Erbschaftssachen[4]) und die Früchte, welche er bis zum Eintritte der Fideicommißfolge[4a]) von den herauszugebenden drei Viertheilen gezogen hat[5]), nicht aber Prälegate, soweit sie von Miterben entrichtet werden[6]). Soll der Fiduciar für die Entrichtung des Fideicommisses

---

3) Vergl. Gajus, instit. comm. lib. II. §. 254. Von Deckung der Quart durch den Gegenstand von Auflagen, welche nicht zur Erfüllung kommen, vgl. Seufferts Archiv II, Nr. 208.

4) Fr. 3 §. 3 ad SC. Treb.

4a) Vgl. oben §. 622 lit. b. Was die vor Antretung der Erbschaft gezogenen Früchte betrifft, so wird durch dieselben die Erbschaft, also auch der Fideicommißgegenstand vermehrt. Fr. 27 §. 1 in f. ad SC. Treb. Vangerow a. a. O. S. 499 Nr. 1.

5) Fr. 18 §. 1, fr. 22 §. 2 eod. Früchte, welche er nach Eintritt der Fideicommißfolge „negligentia petentis, non judicio defuncti" gezogen hat, werden nicht eingerechnet. Fr. 22 §. 2 cit. Vergl. fr. 18 §. 2, fr. 27 §. 1, fr. 44 §. 1 eodem. Vangerow a. a. O. S. 499 Nr. 2 lit. a. Sind Kinder des Erblassers mit einem Universalfideicommisse beschwert, so sollen sie die Quart von der Substanz des Nachlasses, ohne Einrechnung der Früchte, bekommen; und zwar ohne Unterschied, ob die mit dem Fideicommisse Honorirten Descendenten oder Geschwister des Fiduciars, oder entferntere Verwandte oder ganz fremde Personen sind. C. 6 pr. §. 3 eodem (6, 49). Vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 207, IV, Nr. 67. Diese Bestimmung kann aber keine Anwendung finden, wenn die Kinder, was ihnen nach canonischem Rechte (cap. 16, 18, X. de testamentis) zusteht, zuerst den Pflichttheil und nebstdem von dem übrigen Vermögen die Trebellianische Quart abziehen. G. L. Boehmer, de liberat. fideicomm. onerat. (elect. jur. civil. Tom. I.); Pufendorf, Observationes II, 83. Seufferts Archiv II, Nr. 207, III, Nr. 353. Vergl. jedoch ebd. IV, Nr. 67.

6) Vergl. fr. 30 §. 7, fr. 86, 91, 93 ad legem Falcidiam (35, 2); Const. 24 fam. erc. (3, 36). Siehe über diese sehr bestrittene Sache v. Lindelof im A. f. c. Pr. IV, Nr. 30. Vangerow a. a. O. S. 491 f. Die Worte des fr. 91 sind folgende: „In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas jure hereditario capit, non quas jure legati, vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit: nam haec in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive praecipere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputatur; *pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam*, id est quod a coherede accipitur. Sed etsi accepta pecunia restituere

von dem Fideicommissar eine Gegenleistung empfangen, so muß er diese einrechnen lassen[7]), nicht aber Dasjenige, was ihm zur Erfüllung einer Bedingung bezahlt wird[8]).

3) Der Abzug der Trebellianischen Quart fällt weg:

a) wenn der Erblasser ihn verboten hat, z. B. durch die bestimmte Erklärung, es solle das Ganze herausgegeben oder hinterlassen werden[9]);

b) wenn das Fideicommiß im letzten Willen eines Soldaten (vgl. §. 520) angeordnet[10]), oder

c) einer milden Stiftung zu entrichten ist[11]);

---

rogatus sit, id, quod accipit, in quartam ei imputatur, ut Divus Pius constituit. *Sed et quod implendae conditionis causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, sciendum est.* Siquid vero implendae conditionis causa heres accipiat a legatariis, in Falcidiae computationem non prodesse: et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si quinquaginta heredi legatarius dederit: centum legatis computationem fieri, et quinquaginta extra hereditatem haberi, ne in quartam ei imputentur." — Fr. 86 eodem: „Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit, fideique ejus commisit, ut hereditatem, retenta quarta parte, Secundae et Proculae restituat: eadem fratri quaedam praedia praelegavit. Quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est, restituere, an integra retinere debeat? Respondi, Titium legata integra retinere debere: sed in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum: sed si non esset adjectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matris familiae lex Falcidia induceretur." — Constitut. 24 familiae erciscundae: „Filium quem habentem fundum, portionem hereditatis fratribus, et quibusdam aliis, sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator: post ejus conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit, et siquid deest, in supplementum deducto, quod a caeteris in eo fundo solvitur, supra quartam habens, reddere compellitur."

7) Fr. 91 cit. Vgl. fr. 93 eod.

8) Fr. 91 cit. S. Lindelof a. a. O.

9) Nov. 1 cap. 2 §. 2. Marezoll in v. Löhrs Mag IV, S. 354.

10) Fr. 3 §. 1 ad SC. Treb.

11) S. oben §. 624 Note 6. Mühlenbruch, Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles S. 284 f. Vangerow, Bd. II. §. 538 a. E.

d) wenn der Fiduciar die Errichtung eines Inventars versäumte [12]. Vergl. noch §. 624 Nr. 3 und zu Note 11, §. 645 zu Note 6.

## §. 644.

### 4) Verhältniß des Fiduciars und Fideicommissars zu dritten Personen.

Bevor die Fideicommißfolge eingetreten ist, haben es Gläubiger und Schuldner der Erbschaft, sowie auch die Legatare (sofern letztere nicht ausdrücklich an den Fideicommissar gewiesen sind) lediglich mit dem Fiduciar zu thun [1]; nur dieser ist vor der Hand zu Activ- und Passiv-Processen über Sachen und Rechte der Erbschaft legitimirt. Was derselbe an Forderungen einhebt, an Schulden oder Vermächtnissen bezahlt, aus Processen gewinnt oder verliert, wird von ihm bei Entrichtung des Fideicommisses in Rechnung gebracht.

Tritt nun der Zeitpunkt der Fideicommißfolge ein, so ist der Fiduciar verbunden, die in der Erbschaft enthaltenen Forderungen und Klagen insoweit, als überhaupt die Herausgabe der Erbschaft stattfinden soll, an den Fideicommissar abzutreten [2]; aber auch ohne wirkliche Abtretung (restitutio) stehen Letzterem zur Verfolgung der gedachten Rechte „actiones utiles“ zu [3].

Auf der anderen Seite tritt der Fideicommissar durch Annahme des Fideicommisses, im Verhältnisse des auf ihn fallenden Erbtheiles, auch in die Schulden und übrigen Verbindlichkeiten der Erbschaft ein, und wird insoweit den Klagen der Berechtigten unterworfen [4].

---

12) Arg. C. 22 §. 14 de jure deliber. (6, 30). Vergl. Nov. 1 cap. 2 §. 2. Vinnius, sel. quaest. II, 28.

1) Vergl. fr. 27 §. 7, fr. 73 pr. ad SC. Trebellian. (36, 1); fr. 22 de pec. constit. (13, 5); fr. 21 pr. de fidejuss. (46, 1); fr. 104 de solutionibus (46. 3).

2) Nämlich durch die restitutio fideicommissi. Vgl. §. 642 Note 12.

3) C. 7 §. 1 eodem (6, 49). Vgl. §. 4 Inst. de fideicomm. hered. (2, 23). Auch gegen den Fiduciar, wenn er Schuldner des Erblassers war. Fr. 27 §. 11 ad SC. Treb.

4) §. 4 Inst. cit.: „Post quod Senatusconsultum Praetor utiles actiones ei

Ist der dem Fiduciar verbleibende Viertheil aus einzelnen Sachen oder einer Summe Geldes gebildet, deren Zurückbehaltung der Erblasser ihm gestattete, so gilt derselbe fernerhin nur als Legatar, und die Repräsentation des Erblassers im Verhältnisse zu dritten Personen geht ungetheilt auf den Fideicommissar über [5]).

Ist eine Erbschaft zugleich mit einem Universalfideicommisse und Vermächtnissen beschwert, so muß doch dem Fiduciar immerhin der Viertheil verbleiben. Der Abzug geschieht (wenn nicht ein anderer Wille des Testirers erhellt) verhältnißmäßig von den Legaten und dem Universalfideicommisse, indem letzteres mit seinem Betrage wie eines von jenen zum Ansatze kommt [6]).

## §. 645.

## B. Wenn der Fiduciar nicht Erbe wird.

Der Fideicommissar soll nicht unmittelbar Nachfolger des Erblassers werden, sondern nur mittelbar — durch Vermittlung der Person des Fiduciars — zur Erbfolge gelangen. Eine natürliche Folge hiervon wäre es, daß durch Wegfallen der testamentarisch berufenen Mittelsperson auch die Erfüllung des Fideicommisses vereitelt wird [1]). Indessen kann in mehreren Fällen der Fidei-

---

et in eum, *qui recepit hereditatem*, quasi heredi, et in heredem dare coepit." Auch den Ansprüchen des Fiduciars, wenn dieser Gläubiger des Erblassers war. Fr. 80 ad SC. Treb.

5) §. 9 Inst. de fideic. her. (2, 23). Vgl. fr. 1 §. 16, 17, fr. 30 §. 3, fr. 63 §. 3 ad SC. Treb.

6) Vergl. fr. 1 §. 17, 20, 21, fr. 2, fr. 3 pr. §. 2 ad SC. Treb. — Siehe auch Const. 2 eodem. Ueber die verschiedenen Fälle und Ansichten vgl. Vangerow II, §. 559. Von dem Falle, wenn dem Universalfideicommissar Vermächtnisse aufgelegt sind, siehe fr. 47 §. 1 ad legem Falcidiam (35, 2): „Nunquam . . . fideicommissarius, licet ex Trebelliano Senatusconsulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiae beneficio." — Vgl. jedoch §. 645 Note 6.

1) Vgl. fr. 63 §. 7 in f. ad SC. Treb.: „. . . utique autem testator nisi expleta sit conditio, neque scriptum heredem ad hereditatem vocavit, *neque per hunc voluit restitui hereditatem*." S. auch fr. 14 de test. mil. (29, 1) in den Worten: „nihil novi statuendum". Vergl. §. 5 Inst. de fideic. her. (2, 23).

commissar geradeso, als sey er directer Substitut[1a]), an die Stelle des weggefallenen Fiduciars treten, nämlich

1) wenn das Fideicommiß im Testamente eines Soldaten (siehe §. 520) angeordnet ist[2]); außer diesem Falle

2) wenn der testamentarische Fiduciar

a) vor dem Erblasser, jedoch ohne daß dieser Kenntniß davon erhielt, — oder

b) nach dem Erblasser gestorben ist, ohne die Erbschaft erworben zu haben und ohne daß ein Transmissar statt seiner erwirbt[3]);

3) wenn der Fiduciar die Erbschaft anzutreten verweigert[4]).

In allen diesen Fällen tritt der Fideicommissar ganz in die Lage eines directen Erben, insbesondere auch in Hinsicht aller Lasten und Verbindlichkeiten[5]). Für den dritten Fall ist noch anzuführen, daß der sich weigernde Fiduciar, wie sich von selbst versteht, keinen Anspruch auf die Trebellianische Quart hat[6]), und daß ihm nun auch Alles entgeht, was ihm etwa durch das Anwachsungsrecht hätte zufallen können[7]), und selbst Das, was ihm als Prälegat verschafft ist[8]). Nur kann er die Entrichtung

---

1a) S. jedoch unten Note 5 und §. 646 Note 2.

2) Fr. 13 §. 4 de test. mil. (29, 1).

3) Fr. 14 eod. Vgl. oben §. 574.

4) Die römischen Gesetze gehen hier von der Ansicht aus, daß der sich weigernde Fiduciar zur Antretung und sodann zur Restitution gezwungen werde. Vergl. §. 6 Inst. de fideic. hered. (2, 23). Allein der Zwang besteht in nichts Anderem, als darin, daß die Antretung und Restitution — in contumaciam — als geschehen angenommen wird. Für das praktische Recht ist die Erwähnung dieses fingirten Zwanges ganz unerheblich.

5) §. 6 Inst. cit.: „Actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui recipit hereditatem." Was die Vermächtnisse betrifft, so hat der nach Art eines Substituten eintretende Fideicommissar das Recht auf die Falcidische Quart in Ansehung derjenigen, welche unbestimmt angeordnet oder dem Fiduciar aufgelegt sind, nicht aber in Ansehung derjenigen, mit welchen der Erblasser gerade ihn, als Fideicommissar, beschwert hat. Vgl. fr. 2, 22 §. 5, fr. 55 §. 2, fr. 63 §. 11 ad SC. Treb.

6) Fr. 55 §. 3 eod.

7) Fr. 43 eod. Ueber späteren Anfall durch Pupillarsubstitution vgl. fr. 55 §. 3, fr. 27 §. 2, 4 eod.

8) Fr. 55 §. 3 eodem: „nec praeceptio apud eum relinquatur."

des Vermächtnisses fordern, welches ihm gerade für den Fall, daß er nicht Erbe werde, hinterlassen ist[9]).

§. 646.

## IV. Von dem successiven Universalfideicommiß.

Ein successives Universalfideicommiß ist vorhanden, wenn der Fideicommissar den Gegenstand des ihm entrichteten Fideicommisses weiter an einen Dritten herausgeben oder gelangen lassen soll. Besondere Grundsätze hierüber sind:

1) Der Fideicommissar ist bei der weiteren Herausgabe des Fideicommißgutes zum Abzuge der Trebellianischen Quart nicht berechtigt[1]), selbst nicht in dem Falle, wenn er durch Wegfallen des Fiduciars die Erbschaft geradezu[2]) erhalten hat[3]). War ihm aber das Fideicommiß von dem Fiduciar aus persönlicher Begünstigung ohne Abzug entrichtet worden, so ist er nicht verbunden, Dasjenige, was ihm die Gunst des Fiduciars verschafft hat, an den weiteren Fideicommissar herauszugeben[4]).

2) War der erste Fideicommissar vorweggefallen oder nimmt er das Fideicommiß nicht an, so wird an dessen Stelle der zweite gerufen[5]).

---

9) Fr. 11 pr., fr. 27 §. 15 eodem: „. . . non quidem a coheredibus, . . . sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas . . .". — Vgl. auch fr. 27 §. 2 eodem; fr. 44 §. 4, 5 de cond. et dem. (35, 1).

1) Fr. 55 §. 2 ad SC. Treb. (36, 1).

2) Sowohl im Falle der s. g. erzwungenen Antretung und Restitution, als in den im vorigen §. unter Nr. 1 und 2 erwähnten Fällen. Der Grund des fr. 55 §. 2 ist ganz allgemein: „Aliud est enim ex persona heredis conveniri, *aliud proprio nomine precibus defuncti adstringi.*"

3) Fr. 55 §. 2 eod.

4) Fr. 1 §. 19 eod.

5) Fr. 55 §. 2 in f. eod.

Vierter Abschnitt.

## Von der Schenkung von Todeswegen und anderem Erwerbe auf den Todesfall (mortis causa capio).

§. 647.

### I. Von der Schenkung von Todeswegen [1]).

#### A. Begriff und Erfordernisse.

Die Schenkung, deren Wirksamkeit in der Art problematisch bleibt, daß sie nur giltig seyn soll, wenn der Beschenkte nicht vom Schenker überlebt wird, heißt Schenkung von Todeswegen, donatio mortis causa [2]) (s. oben §. 362). Der Vorbehalt willkürlichen Widerrufes ist nur ein regelmäßiges, kein wesentliches Merkmal, indem eine Schenkung von Todeswegen wohl mit Verzichtleistung auf diesen Vorbehalt, nicht aber mit Ausschließung der Widerruflichkeit für den Fall, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt (§. 649), bestehen kann [2a]).

---

1) Savigny, System Band IV. §. 170—174. Vangerow, Band II. §. 561—563. — Ueber Schenkungen von Todeswegen, betreffend das ganze Vermögen, und die dabei vorkommende Honorirung dritter Personen s. Seufferts Archiv II, Nr. 210.

2) Fr. 1 pr. de mortis causa don. (39, 6): „Mortis causa donatio est, cum quis habere magis se vult, quam eum, cui donat; magisque eum, cui donat quam heredem suum.“ Vgl. fr. 16, 27, 30, 35 §. 2, 3 eod.; fr. 67 §. 1 de V. S. (50, 16): „Donationis verbum, simpliciter loquendo, omnem donationem comprehendisse videtur, sive mortis causa, sive non mortis causa.“ S. noch oben §. 598 Note 1.

2a) Vgl. fr. 13 §. 1, fr. 27, 35 §. 4 eodem. Nov. 87 praef. und cap. 1. Savigny a. a. O. S. 241. Vangerow a. a. O. S. 582. Siehe indessen Seufferts Archiv V, Nr. 131.

Diese Art der Schenkung setzt voraus, daß die Absicht des Schenkers, die volle Rechtskraft der gemachten Schenkung erst mit seinem Tode eintreten zu lassen, unverkennbar vorliege; indem entweder geradezu von Schenkung auf den Todesfall oder von Todeswegen gesprochen, oder die Befugniß des Widerrufs ausdrücklich vorbehalten, oder doch die Schenkung durch Todesbetrachtungen oder Hinweisung auf eine gegenwärtige oder künftige Todesgefahr motivirt ist[3]. Um im einzelnen Falle zu entscheiden, ob eine gewöhnliche oder Schenkung von Todeswegen anzunehmen, muß Erwägung aller Umstände eintreten[4].

Zur Beurtheilung der Fähigkeit kommt es auf die Grundsätze der activen und passiven Testamentifaction nicht an[5]. — Was oben in §. 362 und 363 von verschiedenen Arten und Formen des Schenkungsactes gesagt wurde, gilt auch für die Schenkung von Todeswegen[6]. Uebrigens hängt die Wirksamkeit weder von Acceptation des Beschenkten, noch (bei einem Betrage über 500 Solidi) von gerichtlicher Insinuation ab, wenn der Schenker

---

3) Vgl. fr. 2—5, fr. 31 §. 2 in f., fr. 34 §. 4, fr. 35 §. 4 eod. — Haubold, de mortis causa donat. conjecturis ex mortis mentione capiendis (Op. 1 p. 489 und Wenk, praefat. p. XXXVI. sequ.).

4) Schenkung unter Lebenden ist es, wenn nur der Vollzug, die Uebergabe der Sache, bis zum Tode des Schenkers verschoben, übrigens das Geschenk unwiderruflich ertheilt ist. Vgl. fr. 27, 35 §. 2 eodem. Siehe Vinnius, sel. quaest. lib. II. cap. 34.

5) Vgl. Savigny a. a. O. S. 259. — Daraus erklärt sich, was hier (im Gegenhalte mit dem §. 522 zu Note 14 Bemerkten) von der Befugniß der Hauskinder gilt, fr. 25 §. 1 eodem: „Filius familias, qui non potest facere testamentum, nec voluntate patris, tamen mortis causa donare patre permittente potest.“ Vergl. fr. 7 §. 4 de donat. (35, 5). Ueber die sich aus fr. 7 §. 6 eodem, fr. 1 §. 1 de tut. act. (27, 3) und fr. 32 §. 8 de don. inter vir. et ux. ergebenden Bedenken — s. Vangerow a. a. O. S. 587 Nr. 3. — Ueber (beschränkte) Gleichstellung der Schenkungen von Todeswegen mit den Legaten in Ansehung von (heutzutage unpraktischen) Incapacitätsfällen (fr. 9, 15, 22, 35 pr. de mortis causa don.) vgl. Savigny a. a. O. §. 173 S. 267 f.

6) Vgl. fr. 11 §. 2—9 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); fr. 18 §. 2 de mortis causa don. (39, 6): „Vel *pacti conventi* etc.“ Vergl. Savigny a. a. O. §. 172, 174 S. 278 f. Von der factischen Acceptation durch Annahme der Schenkungsurkunde — s. Bl. f. R.-A. II, S. 345 Nr. 2.

beobachtet hat, was zur giltigen Errichtung eines Vermächtnisses gehört[7]).

## §. 648.

## B. Wirkung.

In Ansehung der Wirkung ist der Zeitpunkt vor und nach dem Tode des Schenkers zu unterscheiden.

1) Vor dem Tode des Schenkers hat der Beschenkte, wenn

a) die Schenkung noch nicht vollzogen ist, nur die Hoffnung eines künftigen Erwerbes. Ist ihm

b) der Gegenstand bereits übergeben worden[1]), so kommt es auf die Absicht des Schenkers an, ob der Empfänger dadurch sofort widerrufliches[2]) Eigenthum, oder nur die einstweilige Detention erlangt hat[3]).

2) Durch den Tod des Schenkers erwächst der Schenkung, wenn kein Widerruf erfolgte, der volle Rechtsbestand, ohne daß der Rechtserwerb von der Erbschaftsantretung abhängt[4]), und ohne

---

7) Vgl. C. 4 cit. mit fr. 75 pr., fr. 77 §. 26 de leg. II. (31). Savigny a. a. O. Siehe auch Dollmann in den Bl. f. R.-A. VII, S. 330 Note 4 und Vangerow a. a. O. §. 563.

1) Ein Vermächtniß, dessen Gegenstand vom Testirer bei seinen Lebzeiten dem Legatar übergeben wird, ist nur als donatio mortis causa zu betrachten. Vgl. fr. 22 de leg. II. S. auch C. 11 comm. de leg.

2) Fr. 32 de mortis causa don. (39, 6).

3) Fr. 2 eodem: „Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus, ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, siquis periculo motus, non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.“ Vgl. fr. 29 eod. Im Zweifel ist sofortiger Uebergang des Eigenthumes unter einer Resolutivbedingung anzunehmen. Savigny a. a. O. S. 247. Ueber fr. 2 de publ. act. (6, 2) — vergl. Savigny a. a. O. S. 245. Vangerow a. a. O. S. 580.

4) Wie dies bei dem Eigenthumserwerbe des Legatars der Fall ist. Siehe oben §. 598 Note 1 vergl. mit §. 618 zu Note 5. (Das bei Legaten vorkommende Verhältniß zu einem Onerirten findet bei der Schenkung von Todeswegen nicht statt). — Sind Renten Gegenstand einer Schenkung von Todeswegen, so hängt das Recht auf die späteren Reichnisse nicht,

daß Nichterwerb des Testamentserben die Wirksamkeit der Schenkung beeinträchtigen könnte [5]). Der Beschenkte hat die Rechtsmittel des Legatars [6]), muß sich, wie dieser, den Abzug der Falcidischen Quart gefallen lassen [7]), und die Grundsätze über das Anwachsungsrecht bei Collegataren kommen auch bei mehreren Theilhabern einer Schenkung von Todeswegen zur Anwendung [8]).

## §. 649.

## C. Erlöschung.

Die Schenkung von Todeswegen erlischt:

1) durch Widerruf des Schenkers, welcher ausdrücklich oder factisch erklärt werden kann [1]) (s. oben §. 627, 628);

2) wenn der Schenker der Lebensgefahr, in Rücksicht auf welche er die Schenkung machte, glücklich entgangen ist [2]);

3) wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt [3]).

Kommt es zur Erlöschung, ohne daß ein Substitut oder Mitbeschenkter eintritt, so kann die Zurückforderung der geschenkten Sache mit der rei vindicatio, beziehungsweise, wenn diese wegen

---

wie dies bei dem Rentenvermächtnisse (§. 638 Nr. 1) der Fall ist, vom Erleben der Termine ab. Fr. 35 §. 7 de mortis causa don.

5) Fr. 38 eod. S. oben §. 598 Note 1.

6) Vgl. fr. 37 pr. eod. Siehe jedoch in Hinsicht der actio hypothecaria — Vangerow a. a. O. S. 588 a. E.

7) Fr. 27, 42 §. 1, C. 2 eod. Vgl. C. 5 ad leg. Falc. (6, 50).

8) C. un. §. 14 de cad. toll. (6, 51). Auch den Gläubigern und Notherben gegenüber sind Schenknehmer von Todeswegen den Legataren gleichgestellt. Fr. 17 de mortis causa don., fr. 3 pr., fr. 5 §. 7, fr. 20 pr. de legat. praest. (37, 5). Vergleiche übrigens in Ansehung der Gleichstellung mit Vermächtnissen, sowie hinsichtlich der Unterscheidungsmerkmale Vangerow §. 562, Savigny a a O. §. 173. — Siehe auch oben §. 588 Nr. 6, §. 604 Nr. 2, §. 647 zu Note 5, §. 648 Note 4 und §. 663 Note 16.

1) Fr. 16, 30 vgl. mit fr. 37 pr. de mortis causa don. (39, 6). Wenn der Testirer alle Vermächtnisse widerruft, so sind doch die donat. mortis causa für widerrufen nicht zu achten. Vangerow a. a. O. Seite 588 a. E. Vgl. auch §. 647 zu Note 2a.

2) Fr. 29 eod.

3) Vgl. fr. 26 eod.

Beschaffenheit oder Nichtmehrvorhandenseyn des Gegenstandes, nicht Platz greift, mit der condictio ob causam datorum (§. 437) oder einer actio in factum praescriptis verbis geschehen [4]).

§. 650.

## II. Mortis causa capio.

Mortis causa capio ist

a) ein allgemeiner Ausdruck für Erwerbungen von Todeswegen jeder Art [1]);

b) im engeren Sinne eine allgemeine Bezeichnung derjenigen Erwerbungen von Todeswegen, welche eines besonderen Namens ermangeln [2]). Hierher gehört:

1) Was Jemand zur Erfüllung der Bedingung eines Erwerbes auf den Todesfall erhält [3]);

2) die Schenkung, bei welcher auf den Tod eines Dritten Rücksicht genommen ist [4]);

3) was Jemand für den Fall bekommt, daß er eine angefallene Erbschaft ausschlägt [5]);

4) der Erwerb, welchen ein Dritter durch Erfüllung des dem Erben oder einem Legatar aufgelegten Modus macht. Indessen gilt die auf diesem Wege gemachte Zuwendung als Vermächtniß [6]).

Es gibt keine gemeinsamen Grundsätze für diese verschiedenen Fälle.

---

4) Vgl. fr. 18 §. 1, fr. 29, 35 §. 3, fr. 37 §. 1 eod. Ueber die besonderen Eigenschaften dieser Klagen in Bezug auf Früchte, Schadensersatz, Preisvergütung, Verwendungen u. dgl. vgl. fr. 12 de cond: causa data (12, 4), fr. 38 §. 3 de usur. (22, 1), fr. 17 §. 1, 2, 4 de praesc. verbis (19, 5) mit fr. 14, 37 §. 1, fr. 39 de mortis causa don. Savigny a. a. O. S. 256 f. Vangerow, §. 561 S. 582 a. E.

1) Fr. 8 eod.: „Quidquid propter alicujus mortem obvenit, mortis causa capitur."

2) Vgl. fr. 31, fr. 38 pr. eod.

3) Fr. 38 eod. Vergl. fr. 1 §. 8, fr. 30 §. 7, fr. 91 ad leg. Falc. (35, 2). S. auch fr. 55 de cond. et dem. (35, 1) und oben §. 622 Nr. 3 lit. a., §. 643 Nr. 2 a. E.

4) Fr. 18 pr. de mortis causa don. Vgl. C. 2 eod.

5) Fr. 8 pr. eod.

6) C. 2 de his quae sub modo (6, 45).

Viertes Hauptstück.

# Von den Notherben [1]).

---

## §. 651.

## Vorbemerkung.

Der Regel nach hängt es von dem Belieben des Erblassers ab, wem er sein Vermögen durch letzten Willen zuwenden will. Beschränkungen dieser Regel bewirkt das Daseyn von Notherben (s. g. successores necessarii).

Unter Notherben (im weitesten Sinne) versteht man diejenigen Personen, welchen ein gewisser Theil der Erbschaft in der Art gebührt, daß er ihnen vom Erblasser nicht willkürlich entzogen werden kann.

Nach einer engeren Bedeutung des Wortes kommt noch das Merkmal hinzu, daß die Berechtigten im Testamente des Erblassers bedacht werden müssen, und wenn dies nicht geschieht, zur Anfechtung desselben befugt sind.

Zu den Notherben in jenem weiteren Sinne gehört auch (wegen seines Anspruches auf die Quarta Divi Pii) der arrogirte Unmündige (s. oben §. 475), nicht minder die dürftige Ehefrau (s. oben §. 562).

---

1) A. Heise, de success. necessariis. Goett. 1802. Bluntschli, Entw. der Erbfolge gegen den letzten Willen. 1829. Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten. 1831. Mühlenbruch in Glücks Comm. XXXV, S. 119 f., XXXVI, XXXVII, XXXVIII, S. 1–117. Vangerow, Bd. II. §. 467–489. Arndts im Rechtsl. VIII, S. 79 f.

Notherben der engeren Bedeutung nach sind die Verwandten des Erblassers, welchen (abgesehen von rechtmäßigen Gründen der Ausschließung) der Pflichttheil gebührt, nämlich Descendenten, Ascendenten und (unter gewissen Voraussetzungen) Geschwister.

Im engsten Sinne sind Notherben nur die Descendenten und Ascendenten, welche der Testirer zu Erben einsetzen (oder gehörig ausschließen) muß [2]).

Der Soldat [3]) ist an die Vorschriften über den Pflichttheil und das Notherbrecht nicht gebunden [4]).

§. 652.

## I. Begriff des Pflichttheiles. Personen, denen er gebührt [1]).

Pflichttheil (portio legitima) wird der Theil der Erbschaft genannt, welcher gewissen Personen in der Art gebührt, daß, im Falle unrechtmäßiger Ausschließung derselben, das Testament der Anfechtung unterliegt [2]).

Der Pflichttheil gebührt [3])

a) vorerst den Descendenten des Erblassers, sofern sie bei der

---

2) Nov. 115 cap. 3 pr., cap. 4 pr. Vgl. über die Bedeutung von Notherbfolge noch Puchta, Vorl. zu §. 485.

3) Ob auch der Haussohn, welcher (ohne militärisch testiren zu können) über pec. castrense oder quasi castr. ein Testament errichtet? Nach Nov. 115 cap. 4 und Nov. 123 cap. 19 zu verneinen. Vangerow, Bd. II. S. 258 lit. a.

4) §. 6 Inst. de exhered. lib. (2, 13). C. 9 de inoff. test. (3, 28), C. 9 de test. mil. (6, 21). Nur muß ihm die Existenz des Pflichttheilsberechtigten oder Notherben bekannt gewesen seyn. C. 9 eodem: „Si ignorans se filium habere, alios scribat heredes, non esse filio ademtam hereditatem, sed minime valente testamento eum ad successionem venire in dubiis non habetur.“ Vgl. C. 10 eod.

1) Vangerow, §. 474 f.

2) Darauf (auf der Anfechtungsbefugniß) beruht der Unterschied von den Erbtheilen, welche der dürftigen Ehefrau und dem arrogirten Unmündigen gebühren. §. 651.

3) Nov. 1 praef. §. 2 vgl. mit C. 21 de inoff. test. (3, 28).

Intestaterbfolge vollkommen erbfähig seyn und im gegebenen Falle wirklich gerufen würden, insbesondere auch den postumis [4]). Nur den „minus plene“ Adoptirten ist der Adoptivvater den Pflichttheil nicht schuldig [5]), und der Arrogirte und „plene“ Adoptirte können ihn, solange das durch die Adoption begründete Verhältniß fortdauert, nicht von dem leiblichen Vater fordern [6]). In Ermangelung von Descendenten haben

b) die Ascendenten auf den Pflichttheil Anspruch, aber nur diejenigen, welche nicht nur Intestaterben des Testirers seyn würden, sondern ihm auch den Pflichttheil zu reichen hätten [7]); endlich nach diesen [8])

c) die vollbürtigen Geschwister und die halbbürtigen vom Vater her; jedoch nur insofern, als eine mit infamia, turpitudo oder levis nota behaftete Person zum Erben eingesetzt ist [9]).

---

4) Vgl. §. 1 Inst. de exhered. lib. (2, 13), fr. 5, 6 pr., fr. 8 §. 8 in fine, fr. 23 pr., fr. 29 §. 1, 3 de inoffic. testam. (5, 2) mit Constitut. 5 de adopt. (8, 48) und Nov. 18 cap. 1. Mühlenbruch a. a. O. XXXV, S. 157 f.

5) C. 10 §. 1 de adopt. (8, 48).

6) Vergl. §. 4 Inst. de exhered. lib. mit Const. 10 §. 1 de adopt. (8, 48). Vangerow a. a. O. S. 256 f.

7) Vgl. §. 1 Inst. de inoff. test. (2, 18); fr. 15 pr. eodem; Nov. 1 praef. §. 2, Nov. 115 cap. 4. In Ansehung der „plene“ Adoptirten sind im Hinblicke auf fr. 30 pr. de inoff. test. die Meinungen darüber verschieden, ob der Pflichttheil (während der Dauer des Adoptivverhältnisses) auch dem natürlichen Vater gebühre? Verneint von Arndts a. a. O. S. 122. — Für die Bejahung Vangerow a. a. O. S. 259.

8) Vergl. Glück, Comm. VII, S. 11 f. Puchta, Pand. §. 488 Note f. Viele sind anderer Meinung, indem sie die vollbürtigen Geschwister mit Ascendenten, sofern eine persona turpis eingesetzt ist, concurriren lassen. Vergleiche Mühlenbruch a. a. O. S. 232 f.; Arndts a. a. O. S. 158.

9) C. 27 de inoff. test. (3, 28). Vgl. Zimmern in den röm.-rechtl. Unters. S. 79–83; Savigny, System II, S. 222 f. Daß der eingesetzte Erbe unehelich geboren ist, kann heutzutage den Anspruch der Geschwister auf den Pflichttheil nicht begründen. Vergl. Kind, quaest. for. ed. II. Tom. I. cap. 48. Francke a. a. O. S. 194 f. Vangerow a. a. O. S. 261. Blätter f. R.-A. VII, S. 30, XII, S. 17 f. (der Ergänzungsblätter). — Vgl. auch Seufferts Archiv V, Nr. 210.

Wenn nun hiernach diejenigen Personen, welche zusammen Intestaterben seyn würden, nicht immer zusammen den Pflichttheil verlangen können [10]), so kann doch Niemand auf den Pflichttheil Anspruch machen, der nicht beim Tode des Erblassers zu dessen Intestaterben gehört [11]).

§. 653.

## II. Größe und Berechnung des Pflichttheiles.

Der Pflichttheil besteht in einem Theile des Erbtheils, welchen der Berechtigte als Intestaterbe erhalten hätte [1]); nämlich in einem Drittheile desselben, wenn die Intestatportion ein Viertheil des ganzen Nachlasses oder mehr, in der Hälfte, wenn sie weniger als ein Viertheil ausmacht [2]), was auch für den Pflichttheil gilt, welcher mehreren Descendenten eines Stammes gebührt [3]).

---

10) Glück a. a. O.

11) Glück a. a. O. S. 18, 19. Vangerow a. a. O. S. 261.

1) Der Pflichttheil ist eine portio portionis ab intestato, nicht portio bonorum. C. 8 pr., 31 de inoff. testam. Vangerow a. a. O. S. 264 f. Von anderen Personen, welche ab intestato concurrirt hätten, aber keinen Anspruch auf den Pflichttheil haben, sagt man: partem faciunt ad minuendam legitimam. Dahin gehören auch die rechtmäßig Ausgeschlossenen. Vgl. fr. 8 §. 8 eodem. Diejenigen, welche bei Lebzeiten des Erblassers giltig auf die Erbschaft verzichtet haben, kommen nicht in Betracht, wohl aber die mit einer Intestaterbportion concurrirende dürftige Wittwe. Vangerow a. a. O. S. 266 f.

2) Nov. 18 cap. 1. Hiernach sagt man von Intestaterben, die nicht auch Pflichttheilsberechtigte sind, numerum faciunt ad augendam legitimam.

3) Daher muß, wenn z. B. Jemand mit Hinterlassung eines Enkels von einem Sohne, und vier Enkeln von einem anderen Sohne verstirbt, der Pflichttheil anders für jene und anders für diese berechnet werden: dem Ersteren gebührt nämlich $1/3$ seiner Intestatportion (also $1/6$ des ganzen Vermögens), jedem der anderen Enkel die Hälfte seines Intestaterbtheiles, $1/16$ des ganzen Vermögens, als Pflichttheil. Vangerow a. a. O. S. 268 Nr. 4. Arndts a. a. O. S. 128.

Bei Berechnung des Pflichttheiles wird das reine[4]) Vermögen nach dem Stande zur Zeit des Todes des Erblassers angeschlagen[5]). Der Berechtigte muß sich in den Pflichttheil einrechnen lassen:

1) Alles, was er von dem Erblasser (aus dessen Vermögen) durch letztwillige Verfügung (Schenkungen von Todeswegen einbegriffen) erhalten hat[6]), ausgenommen, was ihm durch Substitution oder Anwachsungsrecht angefallen ist[7]);

2) die von demselben empfangene dos oder donatio propter nuptias, sowie Zuwendungen, durch welche eine käufliche Anstellung (militia) verschafft wurde[8]);

3) Schenkungen (unter Lebenden), wenn sie unter Vorbehalt der Einrechnung gegeben sind[9]).

---

4) Fr. 8 §. 9 de inoff. test.: „Quarta autem accipietur, deducto aere alieno, et funeris impensa.“ Vgl. auch C. 22 §. 9 de jure del. (6, 30). Siehe unten zu Note 9a.

5) Constit. 6 de inoff. testam. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 277 f. Das Recht der Pflichttheilsberechtigten auf glaubwürdige Inventarisation des Nachlasses kann durch letztwillige Bestimmung oder Schätzung nicht geschmälert werden. Arndts a. a. O. S. 129.

6) §. 6 Inst. eodem (2, 18); fr. 8 §. 6, fr. 33 pr., C. 8 pr., C. 36 pr. eod. Was ihm von einem Anderen zur Erfüllung einer Bedingung entrichtet wird, oder was ihm als Pupillarsubstituten zufällt, erhält er nicht aus dem Vermögen des Erblassers.

7) C. 36 pr. in f. Ueber die verschiedenen Meinungen vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 295—300. Vangerow a. a. O. S. 270.

8) C. 29, 30 §. 2 eod. Vergl. Puchta, Vorles. zu §. 489: „Die letzte Ausnahme darf nicht ausgedehnt werden auf Alles zum Ankaufe irgend einer Sache Gegebene, wohl aber gehört hierher, was zum Ankaufe von Etwas, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen eingerichtet wird, verwendet wurde. Dies können seyn käufliche Aemter oder sonstige Stellen, z. B. Kanonikate, aber auch Sachen, z. B. eine Gewerbsgerechtigkeit, Landgut u. dgl.“ Dagegen Arndts a. a. O. S. 132.

9) Fr. 25 pr. vgl. mit C. 20 de coll. (6, 20) und §. 6 Inst. de inoff. test. (2, 18). Mühlenbruch a. a. O. Seite 305—315. Daß mit dem beschenkten ein anderer Pflichttheilsberechtigter concurrirt, welchem eine dos oder don. propter nuptias angerechnet wird, begründet die Einrechnung in den Pflichttheil nicht. Es unterliegt zwar Alles, was in den Pflichttheil einzurechnen, der Collation, aber nicht Alles, was der Collation unterliegt,

Wenn eine bei Lebzeiten geschehene Zuwendung in den Pflichttheil eingerechnet wird, so muß der Betrag derselben auch bei der Vermögensberechnung zur Bestimmung der Größe des Pflichttheiles in Ansatz kommen [9a]).

Ist der Pflichttheilsberechtigte in der Lage, die Falcidische oder Trebellianische Quart durch Abzug zu sichern, so darf er zuerst den Pflichttheil, und nebstdem noch von dem übrigen Vermögen die Quart abziehen [10]).

§. 654.

## III. Von der Hinterlassung des Pflichttheiles.

Der Berechtigte muß den Pflichttheil

1) unmittelbar und von der Substanz der Erbschaft [1]),

2) frei von Lasten und Nebenbestimmungen erhalten [2]). Ist ihm nicht mehr als der Pflichttheil hinterlassen, so werden die beigefügten Bedingungen, Zeit- und Modal-Bestimmungen, sowie

---

ist in den Pflichttheil einzurechnen (Const. 20 pr. cit.); insbesondere auch nicht, was ein pflichttheilsberechtigter Enkel aus Zuwendungen an seinen vorverstorbenen parens zu conferiren hätte. Arndts am angef. Orte S. 132.

9a) In der einen wie in der anderen Beziehung ist es so anzusehen, als ob der Betrag der Zuwendung noch zur Zeit des Todes in der Erbschaft sich vorfände. Arndts a. a. O. S. 133. S. indessen Seufferts Archiv IV, Nr. 68.

10) Cap. 16, 18, X. de testam. (3, 26). S. oben §. 643 Note 5. Vergl. Vinnius, sel. quaest. lib. II. cap. 29. Pufendorf, Obs. II, 82. — Nach römischem Rechte galt der doppelte Abzug nicht. Vergl. Const. 24 fam. erc. (3, 36); Constit. 10 ad leg. Falc. (6, 50); Nov. 1 cap. 1 §. 1. Puchta, Vorl. zu §. 551.

1) Constit. 36 pr. in fine de inoff. test. (3, 28). Vergl. Constit. 6 ad SC. Trebell. (6, 49). Ueber das ältere Recht siehe fr. 8 §. 11 de inoff. test. (5, 2).

2) Const. 32, 36 pr. §. 1 eodem; Nov. 18 cap. 3. Vergl. Pufendorf, Obs. II, 81. Glück, Comm. VII, S. 107. Ueber C. 12 de inoff. test. vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 327 f. Puchta, Vorles. zu §. 489 S. 373.

die darauf gelegten Lasten als nicht vorhanden betrachtet [3]). Eine solche Beschränkung oder Belastung ist nur in Ansehung Dessen wirksam, was der Erblasser dem Berechtigten über den Pflichttheil hinterläßt. Insbesondere kann der Erblasser wirksam verordnen, daß der Berechtigte den Mehrbetrag nur insofern erhalten solle, als er sich die auf das Ganze gelegte Beschwerde gefallen läßt (cautela Socini) [4]). Wird

3) nicht der ganze Betrag des Pflichttheiles hinterlassen, so muß das Fehlende von den eingesetzten Erben ergänzt werden [5]). Nicht Anfechtung des Testamentes, sondern nur eine Klage auf Ergänzung findet statt, wenn sich der Berechtigte nur darüber zu beklagen hat, daß ihm nicht genug hinterlassen worden [6]).

4) Der Pflichttheil kann sowohl durch Erbeinsetzung als durch Vermachung einer bestimmten Summe oder einzelner Sachen

---

3) Const. 32 eodem. Glück a. a. O. S. 74, 75. Geiger und Glück, merkw. Rechtsfälle II, Nr. 16 §. 6. Vergl. Arndts a. a. O. S. 133 Nr. 12.

4) Glück a. a. O. S. 86—91. Arndts a. a. O. S. 135 Nr. 13. Vgl. fr. 44 pr. de bon. libert. (38, 2). Die Beschränkung kann auch dahin gehen, daß der Berechtigte nicht auf Errichtung eines Inventars bestehen, widrigenfalls auf den Pflichttheil beschränkt seyn soll.

5) C. 30 de inoff. test. (3, 28). Vgl. C. 35 §. 2, C. 36 pr. eod. Nov. 92. Die Ergänzung fällt weg, wenn die Verkürzung des Pflichttheiles gehörig motivirt ist. Vergl. §. 655—657. Unter dieser Voraussetzung sind auch die in Nr. 2 erwähnten Nebenbestimmungen und Lasten wirksam. Vgl. C. 30 pr. cit.

6) Die actio ad supplendam legitimam ist eine persönliche gegen die eingesetzten Erben (mit Ausnahme der etwa darunter befindlichen, auf ihren Pflichttheil beschränkten Notherben) gerichtete Klage, auf welche die von der querela inoffic. testamenti geltenden Bestimmungen (§. 663) keine Anwendung finden. Als Miterbe kann der Pflichttheilsberechtigte seinen Anspruch auf Ergänzung auch im Erbtheilungsstreite geltend machen. In der Annahme des Hinterlassenen oder in Anerkennung des Testaments liegt an sich kein Verzicht auf die Ergänzung. Constit. 35 §. 2 eodem. Arndts a. a. O. Nr. 14—17. Seufferts Archiv III, Nr. 127: „Die Gesetze wollen die Klage auf Ergänzung nur dann ausgeschlossen wissen, wenn der Pflichttheilsberechtigte ausdrücklich und namentlich (specialiter) auf das Fehlende verzichtet hat."

hinterlassen werden [7]. Nur darf bei Descendenten und Ascendenten die Form der Erbeinsetzung nicht fehlen [8].

§. 655.

## IV. Von Ausschließung der Berechtigten.

### A. Im Allgemeinen.

Die Ausschließung eines Pflichttheilsberechtigten geschieht dadurch, daß der Erblasser ein Testament errichtet, ohne ihn darin zu bedenken. Der Erblasser ist dazu befugt, wenn er gerechte Gründe hat, entweder wegen schlechten Betragens desselben (siehe §. 656), oder aus wohlmeinender Absicht (siehe §. 657). Auf die Form der Ausschließung kommt es nach dem geltenden Rechte nicht mehr an [1].

---

7) §. 3, 6 Inst. de inoff. test. (2, 18); fr. 8 §. 6, C. 33 pr., C. 36 pr. eod. Nov. 18 cap. 1. — Verweigert der eingesetzte Erbe die Entrichtung des Hinterlassenen, und läßt es auf die Verurtheilung durch den Richter ankommen, so soll er zur Strafe ein Drittheil mehr geben. C. 33 pr. de inoff. test. (3, 28).

8) Nov. 115 cap. 3, 4. Diese Nov. schließt es nicht aus, daß der Erblasser dem eingesetzten Descendenten oder Ascendenten zur Bildung des Pflichttheils einzelne Sachen oder eine bestimmte Summe anweise. Vergl. cap. 5: „Ceterum si qui heredes fuerint nominati: etiam si certis rebus jussi fuerint esse contenti ,. hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi praecipimus: quidquid autem minus eis legitima portione relictum est, hoc secundum nostras alias leges (s. oben Nr. 3) ab heredibus impleri.“ Glück a. a. O. S. 113 ff. Vergleiche Arndts a. a. O. S. 141: „Andererseits ist klar, daß nicht der bloße Name des Erben allein genügen kann; eine Erbeinsetzung auf Nichts ist nicht besser als gar keine (fr. 17 §. 3 de hered. instit. 28, 5), und kann daher das Testament nicht gegen Anfechtung schützen.“ Dies gilt auch von dem Falle, wenn ein Notherbe das ihm Gebührende oder mehr an einzurechnenden Zuwendungen vom Erblasser bei dessen Lebzeiten erhalten hat. Freilich genügt es, mag die testamentarische Zuwendung auch noch so geringfügig seyn.

1) Was nach dem älteren Rechte über förmliche Enterbung in Bezug auf sui heredes, auf gewesene sui und postumi des Erblassers Rechtens war, ist durch Nov. 115 cap. 3 unpraktisch geworden. Ob die Uebergehung *(praeteritio)* oder förmliche Enterbung (exheredatio) von Descendenten

## §. 656.

### B. Motivirung der Ausschließung.

#### 1) Wegen schlechten Betragens.

Ascendenten sind zur Ausschließung der Descendenten befugt [1]:

1) wenn diese sich thätlich an ihnen vergreifen, oder

2) sie sonst gröblich injuriren [2]; wenn sie

3) eine Criminalklage gegen dieselbe erheben, den Fall des Hochverrathes ausgenommen [3];

4) wenn sie ihnen durch fälschliche Denunciationen wegen Vergehens einen großen Vermögensverlust zuziehen [4];

5) wenn sie ihnen nach dem Leben streben;

6) wenn sie sich der wahnsinnigen Eltern nicht annehmen, oder

---

(abgesehen von sonstigen, außer dem Gebiete des Notherbrechts liegenden Erfordernissen und Unwirksamkeitsgründen) zu Recht bestehe oder nicht, ist lediglich nach den Vorschriften der Novelle zu bemessen; für den Fall, daß diesen Vorschriften genügt ist, hat der Kaiser, ohne zwischen praeterire und exheredes facere zu unterscheiden, allgemein verordnet: „Testamentum suam habere firmitatem". Vergl. Francke a. a. O. §. 28, 31. Ein gewichtiger Grund für die hier adoptirte Ansicht ist, daß die Gleichstellung von „praeterire aut exheredes facere", welche in cap. 3 der Novelle in Bezug auf Descendenten vorkommt, ebenso in cap. 4 bezüglich der Ascendenten ausgesprochen ist, nämlich in der Schlußstelle: „Et haec quidem exheredationis aut praeteritionis poenae", obwohl ein Erforderniß förmlicher Enterbung von Ascendenten niemals stattgefunden hat.

1) Nov. 115 cap. 3. Mühlenbruch in Glücks Commentar XXXVII, S. 140 f. Ein Enterbungsgrund, welcher nur einen der Ascendenten berührt, kann nicht auch einem anderen einen gerechten Grund zur Ausschließung gewähren, was auch für die Ausschließung von Seiten eines Descendenten gilt. Vangerow, Bd. II. S. 301 Nr. 1.

2) Glück a. a. O. S. 211—217.

3) Nach röm. Rechte konnte dieser Grund nur bei Söhnen eintreten. Vgl. fr. 1, 2 pr. de accus. (48, 2). Vangerow, Bd. II. S. 298.

4) S. Marezoll in v. Löhrs Mag. IV, S. 392. Vangerow a. a. O. S. 299 Nr. 7.

7) unterlassen, den Testator aus der Gefangenschaft loszukaufen;

8) wenn der Sohn mit der Stiefmutter [5]) Blutschande, oder

9) mit „malefici homines“ Gemeinschaft treibt [5a]);

10) wenn sich das Kind wider Willen der Eltern unter die arenarii oder mimi begibt, vorausgesetzt, daß die Eltern nicht selbst dies Gewerbe treiben [6]);

11) wenn Kinder Umtriebe machen, die Eltern an Errichtung oder Aenderung eines Testamentes zu hindern;

12) wenn der Sohn sich weigert, den Vater durch Bürgschaft aus dem Schuldgefängnisse zu befreien;

13) wenn die Tochter (oder Enkelin) eine von den Eltern angebotene schickliche Verehelichung ausgeschlagen und sich einem unzüchtigen Lebenswandel ergeben hat [7]);

14) wenn die Kinder zu einer ketzerischen Religionssecte übergehen [7a]).

Descendenten können ihre Ascendenten aus den unter Nr. 3, 5, 6, 7, 11, 14 angeführten Gründen, und nebstdem noch ausschließen, wenn der Vater mit der Schwiegertochter Unzucht treibt, oder eines der Eltern dem andern nach dem Leben strebt [8]).

Die Zahl der hier aufgeführten Ausschließungsgründe soll nicht erweitert werden, was jedoch analoge Anwendung der ein-

---

5) Vergl. Puchta, Pand. §. 492 Note 4: „Das Gesetz nennt (auch) die Concubinen; dies fällt mit der Rechtmäßigkeit des Concubinats weg; die Anwendung auf die Maitresse des Vaters wäre eine Unwürdigkeit. Dagegen wird die Verführung der Braut des Vaters hieher zu ziehen seyn.“

5a) Unter malefici sind Giftmischer verstanden und Personen, welche magische Mittel gegen Leben und Gesundheit bereiten.

6) S. hierüber Glück, Comm. a. a. O. S. 227. Mühlenbruch a. a. O. S. 152 f.

7) Glück a. a. O. S. 236—244. Entschuldigt wird eine über 25 Jahre alte Person, wenn ihre Verheirathung verzögert wurde, und sie demzufolge sich preisgegeben hat. Dem unzüchtigen Lebenswandel ist eine wider den Willen der Eltern eingegangene unanständige Ehe gleichgestellt. Vgl. noch über diesen Enterbungsgrund Mühlenbruch a. a. O. S. 153 f.

7a) Unpraktisch. Vgl. Bl. f. R.-A. X, S. 305. Vom Notherbrecht jüdischer Kinder auf den Nachlaß des getauften Vaters s. ebd. V, S. 405.

8) Nov. 115 cap. 4.

zelnen Bestimmungen nicht ausschließt [9]). Nebstdem ist zu bemerken:

a) Ist eine Aussöhnung des Erblassers mit dem fraglichen Notherben erfolgt, so kann der vorhanden gewesene Grund zu einer künftigen Ausschließung nicht mehr benützt werden [10]).

b) Der Ausschließungsgrund muß vom Erblasser in seinem Testamente angeführt [11]), und

c) dessen Wahrheit nöthigenfalls vom eingesetzten Erben bewiesen werden [12]).

Bei Geschwistern sind besondere Gründe der Ausschließung nicht hervorgehoben; die Beurtheilung fällt in jedem Falle rich-

---

9) Nov. 115 cap. 3: „Praeter hasce nemini liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi illas quae serie praesentis constitutionis continentur." Vergleiche Vangerow a. a. O. S. 300. Mühlenbruch a. a. O. S. 181 f.

10) Vergl. Pufendorf, Obs. II, 8. Glück im Comm. a. a. O. S. 217 bis 222. Daß auch eine giltig geschehene Ausschließung durch nachherige vollständige Verzeihung entkräftet werde, lehrt Arndts im Rechtslexikon III, S. 899 f. Dagegen Vangerow a. a. O. S. 301 Nr. 2.

11) Nov. 115 cap. 3: „Sive igitur omnes memoratas ingratitudinis causas &c." Daß der auszuschließende Notherbe genannt seyn müßte, läßt sich nach dem neuesten Rechte nicht behaupten. Natürlich darf in Ansehung der Person, welche sich des angeführten Ausschließungsgrundes schuldig gemacht haben soll, Gewißheit nicht fehlen.

12) Nov. 115 cap. 3. Durch Erfüllung der angeführten Vorschriften der Novelle macht sich der Testator ganz freie Hand, so daß er in Beziehung auf den fraglichen Notherben jede beliebige Verfügung mit demselben Erfolge treffen kann, als wenn er kein Notherbe wäre; was insbesondere von bedingten Erbeinsetzungen und Enterbungen gilt. Wurde der Notherbe unter einer Bedingung (z. B. wenn derselbe sich eines angeführten Ausschließungsgrundes schuldig gemacht habe oder bis zum Tode des Erblassers schuldig machen werde) enterbt, und nicht zugleich unter der entgegengesetzten eingesetzt, so tritt deficiente conditione die Rechtsfolge unstatthafter Ausschließung (§. 658 f.) ein. Arndts a. a. O. Nr. 22, 23. — Sind im Testamente mehrere Enterbungsgründe angegeben, so genügt es, wenn der eingesetzte Erbe die Wahrheit des einen oder andern erweist, aber es hilft ihm nichts, wenn er einen nicht angegebenen darthut, während er die angegebenen zu erweisen nicht im Stande ist. Arndts a. a. O. Nr. 25.

terlichem Ermessen anheim [13]). Daß der vorhandene Grund im Testamente aufgeführt werde, ist in Bezug auf Geschwister nicht erforderlich [14]). Auch braucht hier der eingesetzte Erbe einen gerechten Ausschließungsgrund erst dann zu beweisen, wenn die ausgeschlossenen Geschwister zuvor im Allgemeinen dargethan, daß sie sich gegen den Erblasser gut betragen haben [15]).

Was oben von der Aussöhnung bemerkt ist, gilt auch im Verhältnisse der Geschwister.

### §. 657.

### 2) Aus wohlmeinender Absicht [1]).

Eine Ausschließung in wohlmeinender Absicht (exheredatio bona mente facta) wird dann angenommen, wenn der Erblasser durch die Ausschließung für das Beste des Ausgeschlossenen zu sorgen, insbesondere zu verhüten beabsichtigt, daß derselbe oder seine Familie durch Verschleuderung des Vermögens in Dürftigkeit gerathe [2]). Der Erblasser muß in solchen Fällen den Grund der Ausschließung ausdrücklich anführen, und die wohlmeinende Absicht

---

13) Glück a. a. O. S. 206 f. Arndts a. a. O. S. 159: „Die in Nov. 115 angegebenen Gründe können nur zur Analogie dienen. . . . Als gerechtfertigt ist die Ausschließung der Geschwister immer auch dann anzusehen, wenn sie derselbe Tadel (siehe §. 652 lit. c) trifft, wie die eingesetzten Erben."

14) Hat der Erblasser einem solchen Pflichttheilsberechtigten Etwas, aber nicht den ganzen Pflichttheil, oder diesen mit Nebenbestimmungen oder Lasten vermacht, so muß er, um letztere wirksam zu erhalten und die Ergänzungsklage auszuschließen, in seinem Testament im Allgemeinen erwähnen, daß es die fragliche Person an ihm verdient habe (ingratum circa se fuisse). S. C. 30 pr. de inoff. test.

15) Arg. C. 28, fr. 5 eod. Höpfner Comm. §. 533 Note 2. Mühlenbruch a. a. O. S. 123 f.

1) Vergl. Glück a. a. O. S. 257 ff. S. auch Zimmern im A. f. c. Pr. VIII, S. 153. Mühlenbruch a. a. O. S. 396 f. Arndts im Rechtsl. III, S. 907.

2) So z. B. wenn der Testirer verschwenderische oder verschuldete Kinder enterbt, dagegen ihre Kinder einsetzt und jenen eine hinreichende Subsistenz sichert. Vgl. fr. 18 de lib. et postum. (28, 2); fr. 16 §. 2 de cur. fur. (27, 10); fr. 12 §. 2 de bon. lib. (38, 2).

desselben unzweifelhaft vorliegen[3]). Unter dieser Voraussetzung ist nicht nur die wirkliche Ausschließung statthaft und rechtsgiltig[4]), sondern es können auch Nebenbestimmungen und Auflagen, welche abgesehen von der wohlmeinenden Absicht nicht beachtet würden (siehe §. 654), der Einsetzung des Berechtigten wirksam beigefügt werden[5]).

### §. 658—662[1]).

## C. Rechtsfolgen unstatthafter Ausschließung.

### 1) Eines Descendenten oder Ascendenten.

Ist ein (pflichttheilsberechtigter) Descendent oder Ascendent nicht zum Erben eingesetzt[2]), und entweder keine Ursache der

---

3) Vgl. die angef. Stellen. S. auch fr. 3 §. 3 de usur. (22, 1).

4) A. M. sind Unterholzner im A. f. c. Pr. II, S. 52, 53 und Francke a. a. O. §. 34. — Siehe aber Mühlenbruch a. a. O. S. 394 f.; Arndts a. a. O.

5) Fr. 16 §. 2 in f. de cur. fur.; C. 25 de inoff. test. (3, 28). Die Fürsorge des Erblassers kann sich auch durch die Anordnung bethätigen, daß weder die hinterlassenen Sachen noch deren Früchte zur Tilgung von Schulden des Notherben verwendet werden dürfen. Eine solche Anordnung dient dem unter dieser Beschränkung Bedachten zur Vertheidigung gegen die Ansprüche seiner Gläubiger auf Befriedigung aus den fraglichen Erbschaftssachen, resp. deren Erträgnissen. Mühlenbruch am angef. Ort S. 447 f. Bl. f. R.-A. XI, S. 229 f. Die Meinungen sind verschieden (vergl. Seufferts Archiv III, Nr. 86), daher diese Art der Fürsorge keine sichere.

1) Der Inhalt der bezeichneten fünf §en der ersten Auflage ist nach dem Ergebnisse der Revision theils weggefallen, theils in den Raum eines §. zusammengezogen. — Vgl. insbesondere Arndts im Rechtslexikon VIII, S. 122 f.

2) Der Nichteinsetzung ist die Einsetzung unter einer zur Zeit der Eröffnung der Erbfolge noch schwebenden Bedingung gleichzuachten. Durch eine solche bedingte Einsetzung (in welche Kategorie auch die Einsetzung als Vulgarsubstitut gehört) wird der Vorschrift der Novelle nicht genügt. Francke a. a. O. S. 385. Die Meinungen sind verschieden. Vergl. Arndts a. a. O. Nr. 19, 20.

Ausschließung angeführt, oder die angeführte gehört nicht zu den gesetzlich gebilligten, oder der eingesetzte Erbe vermag die Wahrheit des angeführten Grundes nicht darzuthun [3]), so ist die im Testament angeordnete Erbeinsetzung (Vulgarsubstitutionen mitbegriffen) anfechtbar [3a]), indem durch Geltendmachung des Notherbrechtes von Seite des Ausgeschlossenen [4]) die Erbeinsetzung entkräftet und die Intestaterbfolge eröffnet wird [5]). Alle übrigen in dem Testament enthaltenen Verfügungen, insbesondere Vermächtnisse und Fideicommisse [5a]),

---

3) In Ansehung der (auch nach dem neuesten Rechte zulässigen) exheredatio bona mente facta vgl. den vorigen §.

3a) Das mit dem Mangel unstatthafter Ausschließung eines Descendenten oder Ascendenten behaftete Testament ist keineswegs von Anfang nichtig; es wird daher ein älteres Testament dadurch aufgehoben. Arndts a. a. O. Nr. 26. Siehe oben §. 548 Note 3. Demgemäß findet hier nur das Verhältniß der Anfechtbarkeit statt.

4) Die hereditatis petitio dient zu dieser Geltendmachung, indem der Kläger entweder sofort in der Klage den obwaltenden Mangel des Testamentes ausführt, oder einfach auf Grund seiner Verwandtschaft zu dem Erblasser klagt und jene Ausführung der Replik auf die das Testament geltend machenden Einwendungen des Beklagten vorbehält. — Dieser Geltendmachung des Notherbrechtes kleben die nachtheiligen Eigenschaften der querela inofficiosi (§. 663 zu Note 17, 19, siehe auch Note 18) nicht an.

5) Jedoch ohne Berufung der giltig Ausgeschlossenen; indem nur denjenigen Notherben, in Ansehung welcher den Vorschriften der Novelle nicht genügt ist, kein Präjudiz erwachsen, die Entkräftung nur hinsichtlich der Erbeinsetzung eintreten, und alia capitula des Testamentes in Kraft bleiben sollen. Vgl. indessen Mühlenbruch a. a. O. Bd. 37 S. 288 Note 54a. Arndts a. a. O. Nr. 33. Uebrigens kommt die Eröffnung der Intestaterbfolge auch Denjenigen zu Gute, welche im gegebenen Falle zwar zu den Intestaterben, nicht aber zu den Notherben gehören; z. B. Geschwistern des Erblassers, wenn ein übergangener Ascendent die Entkräftung der Erbeinsetzung bewirkt hat. Abw. Puchta, Pandekt. §. 493 Note k. l. Auch eingesetzte Erben können unter den nun eintretenden Intestatsuccessoren seyn.

5a) Die dem anfechtenden Notherben verschafften hat wohl Justinian bei dieser Vorschrift nicht im Sinne gehabt. S. jedoch Arndts a. a. O. Nr. 34.

bleiben wirksam[6]); sofern nicht noch andere Gründe der Unwirksamkeit obwalten[6a]).

Fällt der ausgeschlossene Notherbe noch vor dem Tode des Erblassers weg, oder macht er von seinem Rechte, das Testament anzufechten, keinen Gebrauch, so wird dasselbe aufrecht erhalten[7]). Stirbt er nach dem Erblasser, ohne sich für die Erlangung der Erbfolge erklärt zu haben, so kommt es darauf an, ob nicht Transmissionserben (s. oben §. 574) an seine Stelle treten. Auf diesem Wege der Transmission können auch entferntere Descendenten, welche durch den Ausgeschlossenen von dem Erblasser abstammen, zur Anfechtung des Testamentes in bezeichneter Weise befugt werden. Ist aber die Ausschließung des Kindes auf statthafte Weise geschehen, so können sich dessen Descendenten darüber, daß sie von ihrem Großvater nicht bedacht worden, nicht beschweren[8]).

Die angegebene Rechtsfolge tritt nicht nur dann ein, wenn der Ausgeschlossene schon zur Zeit der Testamentserrichtung in der Eigenschaft eines Notherben vorhanden war, sondern auch in dem Falle, wenn

---

6) Nov. 115 cap. 3 in fine: „Si autem haec observata non fuerint, nullum exhereditatis liberis praejudicium generari, sed quantum ad heredum institutionem pertinet, testamento evacuato, ad parentum hereditatem liberos tanquam ab intestato ex aequa parte pervenire. — Si vero contigerit, in quibusdam talibus testamentis quaedam legata vel fideicommissa, aut tutorum dationes relinqui, vel quaelibet alia capita concessa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri, et dari illis, quibus fuerint derelicta, et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.“ Vergl. cap. 4 derselben Novelle: „Si autem haec omnia non fuerint observata, nullam vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem heredum habere sancimus; sed rescisso testamento, eis qui ab intestato ad hereditatem defuncti vocantur, res ejus dari disponimus: legatis videlicet vel fideicommissis et libertatibus et tutorum dationibus, seu aliis capitulis, sicut superius dictum est, suam obtinentibus firmitatem.“

6a) Vgl. hierüber Arndts a. a. O. Nr. 32.

7) Vergl. fr. 17 de injusto rupto (28, 3). Die Vorschrift der Novelle 115 ist nur darauf gerichtet, von den gegen ihre Vorschrift Ausgeschlossenen rechtlichen Nachtheil abzuwenden (nullum exhereditatis praejudicium generari). Eine Anfechtung wegen Ausschließung anderer Notherben (als der anfechtenden) findet nicht statt. Seufferts Archiv III, Nr. 85.

8) Vgl. fr. 9 §. 2 de lib. et postum. (28, 2); fr. 6 pr. de injusto (28, 3); fr. 4 §. 1 de bon. poss. contra tabulas (37, 4).

derselbe erst nachher diese Eigenschaft erhalten hat[9]), oder erst nachher zum Daseyn gekommen ist[10]).

## §. 663.

### 2) Von Geschwistern.

Ist Geschwistern in dem Falle, in welchem ihnen der Pflichttheil gebührt (s. oben §. 652), nichts hinterlassen, so ist das Testament zwar giltig[1]), die ausgeschlossenen Geschwister können aber mittelst der querela inofficiosi testamenti[2]) die Rescission desselben und den Eintritt der Intestaterbfolge herbeiführen[3]).

Von diesem Rechtsmittel gelten folgende Grundsätze:

1) Nur der ausgeschlossene Pflichttheilsberechtigte selbst kann sich dessen bedienen; stirbt er, ohne die Querel angestellt, oder doch (durch Annahme der Notherbfolge) vorbereitet zu haben,

---

9) z. B. der Enkel, wenn sein Vater (der Sohn des Erblassers) in der Zeit zwischen der Testamentserrichtung und dem Tode des Testators gestorben ist.

10) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 352. Der Ausdruck postumi wird von beiden Fällen gebraucht.

1) Vgl. fr. 2 de inoff. test.: „*Hoc colore* de inofficioso testamento agitur, *quasi non sanae mentis fuerint*, qui testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed *recte quidem* fecerit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si *vere* furiosus esset, vel demens, *nullum* est testamentum."

2) Nach dem älteren Rechte konnte diese Klage wegen unbegründeter Ausschließung vom Pflichttheile auch Descendenten und Ascendenten zustehen. Da nun diese Personen nach dem neuesten Rechte sich jedenfalls durch hereditatis petitio rescissoria, nach den Bestimmungen der Novelle 115 (§. 658 f. Note 4), oder durch die Ergänzungsklage (§. 654 Note 3) helfen können, so ist die querela inofficiosi, welche immer nur in subsidium stattfindet (§. 2 Inst., fr. 8 §. 15, fr. 23 pr., fr. 28 de inoffic. testam.), für dieselben unpraktisch geworden. — In Folge Dessen hat eine Reihe einzelner, dieses Rechtsmittel betreffender Rechtssätze die Anwendbarkeit verloren.

3) Vgl. C. 34 eodem: „Hereditatis petitione ex nomine de inofficioso constituta." Glück, Comm. VII, S. 356.

so findet keine Transmission auf dessen Erben statt[4]). Sind Mehrere zur Querel berufen, so accrescirt der Antheil des Wegfallenden den Uebrigen[5]). Wird die Querel von vollbürtigen Geschwistern, welche zunächst berufen waren, nicht, oder ohne Erfolg, angestellt, so kann sie noch von den halbbürtigen (d. h. den consanguinei) benützt werden[6]).

2) Beklagter ist die übelberüchtigte Person, welche zum Erben eingesetzt ist. Gegen Miterben derselben, welche nicht in diese Kategorie gehören, findet die Querel nicht statt[7]).

3) Die Anstellung derselben ist durch Antretung der Erbschaft von Seite des Beklagten bedingt. Jedoch muß sich dieser, wenn er mit dem Kläger in der nämlichen Provinz wohnt, binnen sechs Monaten, außerdem binnen Jahresfrist erklären[8]).

4) Der Zweck der Klage ist Rescission des Testamentes in allen seinen Theilen und Eröffnung der Intestaterbfolge[9]). Jedoch kann derselbe, wenn neben der „turpis persona" noch andere Testamentserben vorhanden sind, nur zu dem Erbtheile des Beklagten erreicht werden[10]). In solchem Falle ergibt sich eine Concurrenz der Intestat- und Testamentserbfolge[11]), und sowie die Erbseinsetzung nur zum Theil rescindirt wird, ebenso ist dies der Fall

---

4) Fr. 6 §. 2, fr. 7, C. 5 eod. Ueber die Ausnahme in C. 34, 36 in fine vgl. Vangerow, Bd. II. S. 273 Nr. 3.

5) Fr. 17 pr., fr. 23 §. 2 eod. Vgl. Vangerow a. a. O. S. 282 f.

6) Fr. 31 pr. eod. Vgl. fr. 14 eod.

7) Vgl. fr. 24, C. 27 eod.

8) C. 36 §. 2 eod.

9) Fr. 8 §. 16, fr. 13 eod. Vgl. jedoch fr. 31 pr. de vulg. subst. (28, 6). Puchta (Pand. §. 494) äußert: „Der Geschwister wird in der Nov. 115 nicht gedacht, für sie gilt daher noch das alte Recht, nur kann auch ihre Querel lediglich die Rescission der Einsetzung zur Folge haben. Denn es wäre widersinnig, anzunehmen, daß die Ausschließung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben solle, als die der näheren und absoluten." Diese Argumentation kann, als unzulässige Berichtigung der Gedanken des Gesetzgebers, nicht gebilligt werden. Vgl. Savigny, System Bd. I. S. 321.

10) Fr. 24 eod.

11) Vgl. meine Abh. im A. f. c. Pr. III, Nr. 15. — Dernburg, Gesch. d. röm. Testamente §. 34.

mit den übrigen Bestimmungen des Testamentes [12]). Auf letztere erstreckt sich auch eine gänzliche Rescission der Erbeinsetzung nicht,

a) wenn die Existenz des Pflichttheilsberechtigten dem Erblasser unbekannt war [13]);

b) wenn der Beklagte sich in den Proceß nicht einließ, und in contumaciam verurtheilt wurde [14]).

5) Würden mit dem Kläger bei der Intestaterbfolge andere Personen concurrirt haben, z. B. mit dem Bruder Geschwisterkinder, so muß er den Gewinn des Processes mit diesen theilen [15]).

6) Wer die querela inofficiosi angestellt hat, aber nach Verhandlung der Sache abgewiesen wird, verliert an den Fiscus, was er sonst aus dem letzten Willen erhalten hätte [16]).

7) In einem Testamente, welches der Anfechtung durch die querela inofficiosi unterliegt, hat die Codicillarclausel keine Wirkung [17]).

8) Die Querel fällt weg:

a) durch Anerkennung des Testaments von Seite des Ausgeschlossenen [18]);

---

12) C. 13 eod.

13) Fr. 28 de inoff. test. (5, 2).

14) Fr. 17 §. 1, fr. 18 eodem; fr. 14 §. 1 de appell. (49, 1).

15) Arg. fr. 8 §. 8, fr. 19 de inoff. test. Vergl. Glück a. a. O. S. 422 f. Doch bleiben Diejenigen ausgeschlossen, welche gleichfalls zur Querel berufen waren, und dieselbe versäumt oder den Proceß verloren haben. — Vergl. fr. 16 pr., fr. 17 pr., fr. 23 §. 2 eodem. Auch tritt die Concurrenz der übrigen (nicht pflichttheilsberechtigten) Intestaterben nicht ein, wenn das Testament nur zum Theile rescindirt wird. Vergl. fr. 25 §. 1 eodem.

16) Fr. 8 §. 14 eodem. Schenkungen von Todeswegen unterliegen der Verwirkung nicht. Fr. 5 §. 17 de his quae ut indignis (34, 9).

17) Fr. 13 de inoff. testam.

18) Diese kann ausdrücklich (etwa durch Vergleich mit dem Erben) und factisch erklärt werden. Vergl. fr. 8 §. 10, fr. 31 §. 3, 4, fr. 32 pr., C. 35 §. 1 eodem; C. 3 de collat. (6, 20). Glück a. a. O. §. 560. — Der Fall der Anerkennung durch Annahme eines Vermächtnisses kann hierher nicht mehr bezogen werden, weil die Querel nach dem praktischen Rechte voraussetzt, daß dem Pflichttheilsberechtigten Nichts hinterlassen ist.

b) durch Verjährung, nämlich durch den Ablauf von fünf Jahren, von der Zeit der Antretung der Erbschaft an [19]);

c) wenn der Erblasser gerechte Gründe zur Ausschließung hatte (s. oben §. 656 a. E., §. 657).

## §. 664.

## V. Von inofficiosen Schenkungen [1]).

Geschieht eine Schmälerung oder Entziehung des Pflichttheils durch eine Schenkung unter Lebenden, so wird den Verkürzten [1a]), nach Analogie des im vorigen §. erörterten Rechtsmittels [2]) durch querela inofficiosae donationis geholfen. Nähere Grundsätze hierüber sind:

1) Onerose Geschäfte, welche zur Schmälerung des Pflichttheils führen, geben keinen Grund zur Beschwerde [3]). Der Schenkung

---

19) Fr. 8 §. 17 de inoff. test.; Const. 2 in qu. causis restit. non necesse est (2, 41); C. 16, 34 in f., C. 36 §. 2 de inoff. test. (3, 28).

1) Zimmern in den röm.-rechtl. Unters. S. 58–79. Kritz in den exeget. prakt. Abhandl. 1824 Nr. 5. Mühlenbruch in Glücks Commentar XXXVI, S. 38 f. Vangerow, Bd. II. §. 482. Arndts im Rechtsl. VIII, S. 163 f.

1a) Ausdrücklich wird dieses Recht nur Kindern und Eltern beigelegt; die herrschende Meinung ist aber für die Ausdehnung auf Geschwister, falls nämlich der Beschenkte eine Person ist, deren Erbeinsetzung jene zur querela inoff. testam. berechtigen würde.

2) C. 9 de inoff. donat. (3, 29): „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnibus querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta: ut sit in hoc actionis utriusque vel una causa, vel similis existimanda, vel idem et temporibus et moribus.“ Eine wesentliche Abweichung besteht darin, daß es für die qu. inoff. *donationis* gleichviel ist, ob der Erblasser mit oder ohne Hinterlassung eines Testamentes gestorben ist. C. 3 eod.

3) S. Glück, Comm. VII, S. 191–196. Natürlich paßt Obiges nicht auf lucrative Zuwendungen, welche nur den Schein eines onerosen Geschäfts tragen. Vergleiche oben §. 273. Auch kann die Querel bei gemischten Geschäften, bei welchen die Bestimmung eines unverhältnißmäßig geringen Preises den Charakter der Liberalität ausprägt (s. g. Freundeskauf — §. 322), allerdings vorkommen. Vergleiche Seufferts Archiv III, Nr. 356, 357.

wird hier die Bestellung einer Brautgabe gleichgeachtet [4]). Daß gerade in der Absicht geschenkt worden, die Pflichttheilsberechtigten zu verkürzen, ist nicht erforderlich [5]).

2) Die Querel steht den im Pflichttheil wirklich verkürzten Descendenten [5a]), Ascendenten und Geschwistern zu, nämlich in der Ordnung und unter den Voraussetzungen, wie im Falle der Verkürzung durch letzten Willen (s. oben §. 652) [6]).

3) Sie ist eine persönliche Klage, welche nur gegen den Beschenkten oder dessen Erben stattfindet [7]).

4) Zweck derselben ist Rescission der Schenkung und Herausgabe des Gegenstandes, jedoch nur insoweit, als zur Ergänzung des Pflichttheils nöthig ist [8]).

5) Das Recht zur Querel erwächst erst mit dem Tode des Schenkers. Um aber zu ermessen, ob der Pflichttheil verletzt wor-

---

4) C. un. de inoff. dot. (3, 30). Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 130. Ueber analoge Anwendung der Grundsätze von der donatio inofficiosa bei Pflichttheilsverletzungen durch Erbverträge — s. Seufferts Archiv IV, Nr. 138. Vgl. ebd. Nr. 243. Ueber Anfechtung einer Einkindschaftung wegen Pflichttheilsverletzung — ebd. Nr. 135.

5) C. 2 de inoff. don.: „impetu immensae *liberalitatis*". C. 7 eod.: „profunda *liberalitate*". Zimmern a. a. O. S. 66. Pufendorf, Obs. II, 178. Vangerow a. a. O. S. 290 Nr. 3.

5a) Auch den erst später in die Stellung von Notherben gelangten, sowie den später erzeugten. Vgl. C. 5 eodem. Zufolge dieser Constitution ist nach einer verbreiteten Meinung der Schenker selbst, wenn demselben nach der Schenkung noch rechtmäßige Kinder geboren werden, zur Reduction der übermäßigen Schenkung befugt. Puchta, Pand. §. 491 Note c. Siehe dagegen Savigny, System IV, S. 226 Note c.; Arndts a. a. O. S. 163 Note 377, S. 169.

6) C. 9 de inoff. don. Vergl. G. L. Boehmer, de querela inoff. donat. fratrum (Elect. Tom. I.). Vangerow a. a. O. S. 291 Nr. 4. S. auch §. 663 Nr. 1. Gegen die Annahme, daß der Kläger Erbe des Schenkers seyn müsse, vgl. Arndts a. a. O. S. 164. Ohne daß sich der Verletzte selbst für die Anfechtung erklärt, geht die Querel auf dessen Erben nicht über. Mühlenbruch a. a. O. S. 127.

7) Die Ansichten sind jedoch verschieden. — S. Glück a. a. O. S. 175 f. Vangerow a. a. O.

8) C. 2, 5, 7, 8 pr. eod. Nov. 92 cap. 1. Vangerow, S. 292 f. II. — Vgl. Puchta, Pand. §. 491 Note f. Breidenbach im A. f. c. Pr. XXVII, 14; XXVIII, 2.

den, ist auf den Bestand des Vermögens zur Zeit der Schenkung zu sehen [9]). War nach diesem durch die Schenkung der Pflichttheil nicht verkürzt [9a]), so kann eine spätere Verringerung des Vermögens die Querel nicht begründen [10]); wohl aber wird sie dadurch beseitigt, daß die zur Zeit der Schenkung vorhandene Verkürzung durch späteren Erwerb wieder ausgeglichen ist [11]); eben so durch eine Veränderung in der Person der Notherben, sofern dieselbe das Sinken des Pflichttheils von der Hälfte auf ein Drittheil (§. 653) und damit das Wegfallen der Verletzung bewirkt [11a]).

---

9) Nov. 92 cap. 1. Seufferts Archiv IV, Nr. 137.

9a) Die Größe des Pflichttheiles ist hier ebenso zu bestimmen, wie bei der Berechnung desselben aus einem Nachlasse (§. 653), nach den Vorschriften der Novelle 18 Cap. 1; und zwar für Ascendenten und Geschwister wie für Descendenten. — Eine Abweichung in der Berechnung des Pflichttheils kommt aber darin vor, daß, wer Schenkungen an Andere als pflichtwidrig anfechten will, sich auch die Schenkungen, die er selbst empfangen hat, in seinen Pflichttheil einrechnen muß. Arg. C. 6, 7 de inoff. don.; Nov. 92 cap. 1. Arndts a. a. O. Note 397.

10) Darum dürfen, wenn mehrere Geschenke successiv gemacht wurden, nur die letzteren, mit welchen (nach dem Stande des Vermögens zur Zeit der ersten) die Verkürzung eintrat, angefochten werden. — Vangerow, S. 289. Arndts a. a. O. S. 166.

11) Nov. 92 cap. 1. Nur muß hier bei Berechnung des Vermögens auch der spätere Zuwachs desselben mit in Anschlag gebracht werden; es genügt nicht, daß nun gerade die durch die Schenkung bewirkte Verkürzung des Pflichttheiles, nach dem Vermögen zur Zeit der Schenkung berechnet, durch die spätere Vermögensmehrung ausgeglichen werde. Arndts a. a. O. Seite 167, welcher noch bemerkt: Die Consequenz aber erfordert, weiter anzunehmen, daß, wenn einmal durch Vermögensvermehrung die Verletzung des Pflichttheiles wieder vollständig aufgewogen war, dann aber durch andere Umstände dieser Vermögenszuwachs wieder consumirt wird, und daher beim Tode des Schenkers die Notherben wirklich nicht mehr soviel vorfinden, als ihr Pflichttheil zur Zeit jener älteren Schenkung betragen hätte, nun dennoch diese nicht mehr angefochten werden könne; denn der Grund der Verkleinerung des Pflichttheiles liegt nun nicht mehr in der ursprünglich pflichtwidrigen Schenkung, deren pflichtwidriger Charakter durch die spätere Vermögensmehrung beseitigt war, sondern in der noch später eingetretenen zufälligen Vermögensminderung, welche nicht das Recht gibt, eine frühere Schenkung anzufechten.

11a) Arndts a. a. O. S. 168.

6) Die Querel fällt weg:

a) wenn sich der Verkürzte durch ein anderes Rechtsmittel, z. B. in integrum restitutio, helfen kann[12]);

b) wenn der Erblasser einen gerechten (vom Beschenkten zu beweisenden) Grund hatte, den Verkürzten auszuschließen[13]);

c) durch Verjährung, in fünf Jahren, vom Tode des Erblassers an[14]);

d) durch Anerkennung von Seite des Verletzten[15]).

---

12) C. 2, 4, 6 de inoff. don.

13) C. 9 eod. Nov. 92 cap. 1 §. 1 vgl. mit Nov. 115 cap. 3, 4.

14) C. 9 de inoff. don. Arndts a. a. O. S. 170.

15) C. 6 eod.

# Fünftes Buch.

# In integrum restitutio.

# Fünftes Buch.

# In integrum restitutio.

## §. 665.

## I. Allgemeine Grundsätze.

Unter in integrum restitutio [1]) (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) versteht man die Rechtshilfe, welche der Richter unter gewissen Umständen gegen die Strenge des Rechts aus Gründen der aequitas (des Gerechtigkeitssinnes) in der Art ertheilen darf, daß ein verlorenes Recht wieder hergestellt oder eine eingetretene Verbindlichkeit wieder aufgehoben, oder überhaupt die nachtheilige Veränderung eines früheren Rechtszustandes wieder beseitigt oder ausgeglichen wird [2]).

Die Restitution ist ein außerordentliches Rechtsmittel, zur Nothhilfe bestimmt, wo kein auxilium ordinarium (eine gewöhnliche actio oder exceptio) dargeboten ist [3]). Vgl. Note 11.

---

1) Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. 1831. Savigny, System Bd. VII. §. 315 f. Vangerow, Bd. I. §. 175 f.

2) Vgl. Puchta, Pand. §. 100: „Das Eigenthümliche dieses Rechtsmittels liegt nicht in seiner Wirkung: der Wiederherstellung eines früheren Zustandes, denn diese hat es mit anderen gemein, und nicht in der causae cognitio, die seiner Ertheilung vorhergeht, denn auch davon gilt dasselbe, sondern darin, daß es auf der über Festsetzungen und Formen des gewöhnlichen Rechtes stehenden Gerechtigkeit (aequitas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat."

3) Daher liegt die durch actio quod metus (§. 423) und actio doli (§. 424)

In Beurtheilung der Restitutionsgesuche findet freieres Ermessen statt; mit Ausbildung der das Institut regelnden Grundsätze wurde indessen dieses Merkmal und damit die Natur eines außerordentlichen Rechtsmittels großentheils verwischt[4]).

Allgemeine Grundsätze über in integrum restitutio sind:

1) Die Ertheilung der Restitution setzt voraus:

a) eine Verletzung (laesio) Desjenigen, welcher darum nachsucht, und zwar eine nicht ganz unbedeutende[5]). Dieselbe darf nicht bloß zufällig eingetreten seyn[6]), sondern muß ihren Grund

---

gewährte Rechtshilfe außer dem Gebiete der Restitution. Vergl. unten Note 18, 24 und §. 668. Von dem processualischen Gegensatze zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse ist hier nicht die Rede.

4) Vergl. über die Geschichte und eigenthümliche Natur dieses prätorischen Rechtsinstitutes, sowie über das Verhältniß zu verwandten Rechtsmitteln Savigny a. a. O. §. 315–317. Vangerow, Bd. I. §. 175. Puchta, Cursus der Instit. Bd. 2 §. 177.

5) Fr. 9 pr., fr. 49 de minor. (4, 4), fr. 9 in f. de dolo malo (4, 3), fr. 54 de contrahenda emt. (18, 1). „Minima non curat Praetor." — Vergl. Vangerow, I, §. 176; Savigny, §. 318 S. 120: „Unter der Verletzung, als Grundbedingung der Restitution, ist eine wahre Veränderung des Rechtszustandes zu verstehen, und zwar eine solche, die einen Nachtheil mit sich führt für Den, welcher die Restitution sucht. Eine wahre Veränderung des Rechtszustandes aber kann nur als eine an sich rechtmäßige, vom Rechte anerkannte, gedacht werden, sonst würde höchstens von einer thatsächlichen Aenderung, einer gehemmten Ausübung des Rechtes, die Rede seyn können. . . . Als Verletzung ist ferner nicht bloß eine schon vollendete Verminderung des Rechtszustandes anzusehen, sondern auch schon die Verwandlung eines sicheren Rechtes in ein zweifelhaftes oder bestrittenes, da die Verfolgung dieses letzten wenigstens Mühe kostet, sowie die Gefahr des nachtheiligen Ausgangs eines Rechtsstreites nach sich zieht. Vgl. fr. 6 mit fr. 40 pr. de minor." — Uebrigens ist nicht bloß der einzelne Vortheil oder Nachtheil des Verletzten zu berücksichtigen, sondern die Gesammtheit der Verhältnisse. Fr. 7 §. 8, fr. 24 §. 1 de minor. Die Restitution soll versagt werden, wenn die Abwendung eines geringfügigen Nachtheils nur mit dem ungleich größeren Nachtheile eines Anderen bewirkt werden kann. Fr. 4 de in integr. restit. (4, 1). Vgl fr. 24 §. 1 de minor.; fr. 18, 20 ex qu. causis maj. (4, 6). Savigny a. a. O. §. 320 S. 131 f.

6) Fr. 11 §. 4 de minoribus: „Si minor sibi servum necessarium compara-

in dem Thun oder Lassen haben, gegen welches die Wiederherstellung des vorigen Zustandes gesucht wird [7]). Wer ferner durch eigene unentschuldbare Nachlässigkeit verletzt ist, kann Restitution nicht verlangen [8]). Gleichgiltig ist es, ob die Verletzung in Erleidung eines positiven Schadens, oder in Entziehung eines Gewinnes besteht [9]), ob sie das Vermögen oder andere Verhältnisse betrifft [10]).

b) Der Verletzte muß außer der Restitution kein oder doch kein dienliches Mittel haben, den in Frage befindlichen Nachtheil abzuwenden [11]); daher sie nicht stattfindet, wenn der Rechtsact,

---

verit, mox decesserit, non debere eum restitui; neque enim captus est, emendo sibi rem necessariam, licet mortalem." Vergl. fr. 11 §. 5 eodem.

7) Fr. 1 §. 1, fr. 7 pr. §. 8, fr. 11 §. 4, 5, fr. 24 §. 1, fr. 44 eod. Die Rechtsänderung, welche den Nachtheil mit sich bringt, kann durch positive Handlungen, Rechtsgeschäfte, oder durch Versäumnisse herbeigeführt seyn. Vergl. über verschiedene Anlässe der Restitution Tit. 27—40 im zweiten Buch des Codex.

8) Fr. 7 pr. in f. de restitut.; fr. 15 §. 3, fr. 16 ex qu. causis maj. (4, 6). S. jedoch fr. 11 §. 4, fr. 44 de minor. Eines Minderjährigen „inconsulta facilitas" schließt die Restitution nicht aus.

9) Fr. 7 §. 6 eodem; fr. 27 ex qu. causis majores (4, 6). Vergl. fr. 17 pr. §. 1, fr. 41 eodem; Constit. 1, 2 si ut omissam (2, 40). S. aber fr. 18, 20 ex qu. causis maj.; fr. 37 pr. de minor. Gegen Versäumung eines Gewinnes, wodurch ein Anderer an seinem schon erworbenen Vermögen verkürzt würde, findet Restitution nicht statt. Savigny, System VII, §. 318 S. 121 f.

10) Fr. 35 de min.: „veluti quod majorum ejus fuisset". Fr. 41 de receptis (4, 8). Vgl. oben Note 5 a. E.

11) Fr. 16 pr. de minor.: „In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere, citra in integrum restitutionem. *Nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.*" Tit. Cod. in qu. causis in int. rest. necesse non est (2, 41). Vergl. §. 1 & 3 ejusd. fr., ferner fr. 39 §. 1 eodem und C. 3 si tutor vel curator interven. (2, 25): „Etiam in iis, quae minorum tutores vel curatores male gessisse probari possunt, licet personali actione a tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari, jam pridem placuit." S. auch C. 5 eod. und fr. 16 §. 2, fr. 45 §. 1 de minor. Die Restitution ist nicht ausgeschlossen, wenn die dem Verletzten zustehende gewöhnliche

welcher die Verletzung herbeiführt, aus irgend einem Grunde nichtig ist [12]).

c) Es muß, im Zusammenhange mit der Verletzung stehend (s. Note 6), ein gesetzlicher Grund der Restitution (causa restitutionis) vorhanden seyn. Dahin gehören insbesondere minderjähriges Alter, Zwang, Betrug, Irrthum, Abwesenheit; und nebstdem hat der Prätor eine allgemeine Zusicherung seiner Rechtshilfe mit den Worten ertheilt: Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam [13]).

2) Die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird nur auf Nachsuchung ertheilt [14]). Diese kann entweder im Laufe eines andern Hauptprocesses (incidenter) geschehen [15]), oder ein selbstständiges Verfahren veranlassen; sie kann sowohl auf dem Wege der Klage, als auch auf dem der Einrede, Replik u. s. w. vorgetragen werden [16]).

3) Ohne Unterschied der Parteirolle, in welcher die Restitution gesucht wird [17]), muß die Nachsuchung innerhalb eines vier-

---

Klage einen minder vollständigen, oder minder sicheren (schwieriger zu erwirkenden) Schutz gewährt. Savigny a. a. O. S. 144. — S. auch §. 664 Nr. 6 lit. a.

12) Fr. 16 §. 3 de minor.: „Et generaliter probandum est, ubi contractus non valet, Praetorem se non debere interponere.“

13) Fr. 1 §. 1 in fine, fr. 26 §. 9, fr. 28 §. 2 ex quibus causis maj. (4, 6). Restitutionsgrund, d. h. „ein besonderer (abnormer) Zustand des Verletzten, woraus der Anspruch auf diese außerordentliche Hilfe, als Ausnahme von den gewöhnlichen Rechtsregeln, abzuleiten ist.“ Savigny a. a. O. §. 320 S. 130. Vgl. über die einzelnen Restitutionen §. 666 ff.

14) Beneficia nemini obtruduntur. Daher wird die Restitution durch Verzicht ausgeschlossen, wenn nicht auch dieser unter dem Einflusse desselben oder eines anderen Restitutionsgrundes erklärt wurde. Fr. 3 §. 1, 2, fr. 20 §. 1, fr. 21, 30 de minor. Siehe §. 666 Nr. 9 lit. f. — Vergl. über das Verfahren Savigny a. a. O. §. 337—341.

15) Savigny a. a. O. S. 230.

16) Fr. 9 §. 3 quod metus (4, 2); fr. 9 §. 4 de jurejur. (12, 2). Vergleiche Savigny a. a. O. §. 337 f.

17) Vgl. fr. 9 §. 4 de jurejur. (12, 2) mit fr. 7 §. 3 de minor. und fr. 28 §. 5 ex qu. causis maj. Savigny, System Bd. V. S. 414 f. und Bd. VII. S. 242 f.

jährigen Zeitraumes gesucht werden [18]). Diese Verjährungszeit läuft von der Zeit an, da der besondere Zustand des Verletzten, in welchem der Restitutionsgrund liegt [19]), aufgehört hat [20]). Auf das Bewußtseyn des Verletzten von der Verletzung kömmt es für den Anfang der Verjährung nicht an [21]).

4) Das Gesuch um Restitution kann nicht nur von dem Verletzten selbst ausgehen, sondern auch von den Nachfolgern (von Erben [22]) und Cessionaren [23]) desselben), nicht auch von Bürgen [24]).

---

18) §. 5 Inst. de act. (4, 6); fr. 14 §. 2 quod metus (4, 2) vergl. mit C. 7 de temp. in integrum restit. (2, 53). — Die Verwandlung des annus utilis in ein vierjähriges tempus contin. (vgl. C. 7 cit.) ist auf die Fälle der s. g. Restitutionsklagen, in welchen die Restitution zur Natur eines auxilium ordinarium fortgebildet worden (§. 424, 671 Nr. 5) nicht zu beziehen. Savigny a. a. O. S. 255.

19) S. oben Note 13. Ueber Verjährung bei dem Zusammentreffen mehrerer Restitutionsgründe s. Savigny a. a. O. S. 258 f.

20) Vgl. C. 7 cit. mit C. 5 pr. eodem, C. 5 §. 1 de in integr. restit. min. (2, 22) und fr. 1 §. 1, fr. 28 §. 3 ex qu. causis maj. (4, 6). S. jedoch unten §. 667 lit. c. Für die Restitutionen, von welchen §. 668 spricht, lehrt Vangerow, Aufl. VI. §. 180 Nr. 2 gegen Savigny, das Quadriennium laufe von Zeit der Läsion. — Die Restitutionsfrist kann weiter erstreckt werden, sofern nach Beseitigung des die Restitution begründenden Umstandes noch ein anderer Restitutionsgrund besteht, welcher gegen die Versäumung der Frist selbst wieder die Restitution rechtfertigen würde. C, 1, 3, 4 de temp. in int. rest. Vergl. fr. 20 pr. de minor.; fr. 26 §. 1, fr. 28 pr. ex qu. causis maj. Savigny a. a. O. S. 258 f.; Arndts, Lehrb. §. 122.

21) Savigny a. a. O. S. 248 f. Vgl. unten §. 667 Note 5. S. auch Seufferts Archiv I, Nr. 270.

22) Vgl. fr. 6 de in integr. restit. (4, 1), fr. 14 §. 2 quod metus (4, 2), fr. 18 §. 5 de minor. (4, 4), Const. 5 de temp. in integr. rest. (2, 53). Dem Erben bleibt nur der Rest der für den Erblasser bereits begonnenen Restitutionsfrist; aber auch für ihn kann die Frist erweitert werden, wenn in seiner Person ein neuer Restitutionsgrund vorliegt. Vergl. fr. 19 de minor. mit Constit. 2, 5 §. 1—3 de temp. in integrum restit. Arndts a. a. O.

23) Fr. 24 pr. de minor. (4, 4); vgl. fr. 25 de adm. et per. tut. (26, 7); fr. 20 §. 7 de tut. et rat. distr. act. (27, 3).

24) Vgl. fr. 6 §. 1 in f. de except. mit fr. 51 de procur. (3, 3), fr. 13 pr. de minor. (4, 4), fr. 39 de adquirenda hered. (29, 2) und fr. 95 §. 3 de

Restitutionen gegen abgeschlossene Verträge können der Regel nach[25]) nur wider Denjenigen gesucht werden, aus dessen Verhältniß zu dem Verletzten die Verletzung entstand[26]), nicht gegen den dritten Besitzer der Sache, deren Verlust die Verletzung ausmacht[27]). Soll aber ein durch Usucapion verlorenes dingliches Recht mittelst der Restitution wieder erlangt werden, oder handelt es sich von einer Restitution gegen die Ausschlagung oder den Antritt einer Erbschaft, so geht das Rechtsmittel in rem, also gegen jeden Besitzer[28]).

---

solutionibus (46, 3). Siehe jedoch unten §. 666 Nr. 5. Savigny am angef. Orte Seite 218 bemerkt über die Frage, ob auch der Bürge des ursprünglich Berechtigten an der Restitution desselben theilnehmen könne? „Diese Streitfrage kann nur bei der Restitution der Minderjährigen vorkommen. Abwesende nämlich werden überhaupt nur restituirt gegen Versäumnisse, nicht gegen Rechtsgeschäfte; während Bürgen nur bei Rechtsgeschäften eintreten. In den Fällen des Zwanges und Betruges aber wird sich der Bürge stets durch die exceptio metus oder doli schützen können, die ihm ebensogut als dem Gezwungenen oder Betrogenen selbst zusteht; dazu bedarf es keiner Restitution." Vergleiche Vangerow, I, §. 179.

25) S. aber fr. 9 pr., fr. 13 §. 1, fr. 14, 49 de minor.; fr. 9 §. 4, 6 quod metus (4, 2); C. 1 si adv. vend. pign. (2, 29). Vgl. unten §. 666 Nr. 5 und §. 668 Nr. 2.

26) Sowie gegen dessen Erben. Vgl. fr. 16 §. 2 eodem, fr. 17 §. 1, fr. 26 de dolo malo (4, 3), fr. 30 pr. in quibus causis maj. (4, 6), C. 6, 7 de in int. rest. min. (2, 22).

27) Vergl. Glück, Commentar V, S. 462 ff. Savigny a. a. O. §. 343 S. 270.

28) Vgl. §. 5 Inst. de act. (4, 6) mit fr. 30 §. 1 ex quibus causis majores (4, 6). S. auch fr. 17 pr. eodem. Savigny a. a. O. S. 271. Vgl. Dollmann in den Bl. f. R.-A. XVI, S. 145 f., welcher im Falle der Restitution (wegen Abwesenheit oder Minderjährigkeit) gegen eine Usucapion das Rechtsmittel nur gegen den Usucapienten und gegen dessen Successoren zuläßt. Aber jeder Beklagte, der gegen die Klage des früheren Eigenthümers die von einem Dritten vollbrachte Usucapion der Sache geltend macht, muß auch gegen sich gelten lassen, was der Kläger, um die Rescission der vollbrachten Usucapion zu erwirken, vorbringen kann. Es geht durchaus nicht an, den Einfluß der Beziehungen des Dritten zu der Sache nur von der dem Kläger nachtheiligen Seite einzuräumen, und die Beachtung des zur Beseitigung des Nachtheiles Dienlichen auszuschließen.

5) Die Restitution soll nicht ertheilt werden [28a]:
a) wenn Kinder sie gegen Geschäfte mit den Eltern suchen [29];
b) gegen Veräußerungen von Seite des Fiscus [30];
c) gegen Vollendung der 30- oder 40jährigen Verjährung [31];
d) gegen den Verlust einer actio poenae persecutoria [32]. Vgl. §. 666 Nr. 9 lit. a.

6) Dem Antrag auf Restitution kann der Regel nach erst nach Vernehmung des Gegners willfahrt werden [33]; sog. Restitutionen von kurzer Hand (brevi manu) sind nur in dem Falle üblich, wenn die Versäumung einer Proceßfrist in Frage ist [34]. Der Nachsuchende muß sowohl das Daseyn einer Verletzung als auch die Richtigkeit des angeführten Restitutionsgrundes beweisen [35].

---

Gegen diese Folgerung aus allgemeinen Grundsätzen ist es ein unerheblicher Einwand, daß einschlagende Stellen sich zunächst auf den gewöhnlichen Fall, der Nachsuchung der Restitution gegen den Usucapienten selbst, beziehen.

28a) S. auch oben Note 5 a. E. und §. 20 zu Note 5; ferner §. 666 Nr. 9. Ueber Verzicht auf die Restitution s. §. 665 Note 14. — Ueber einige processualische Ausnahmen vgl. fr. 31 de jurej. (12, 2); C. 12 de except. (8, 36). Vangerow, §. 177 Anm. 2 Nr. 8 u. 9.

29) C. 2 qui et adv. quos in int. rest. non poss. (2, 42) vgl. mit der (nicht glossirten) Nov. 155 cap. 1. Savigny a. a. O. §. 336 S. 224 f. Vergl. Seufferts Archiv I, Nr. 269. Obige Beschränkung gilt nicht, wenn es sich von Restitution gegen einen Adoptionsact, oder gegen ein die Unterwerfung unter die väterliche Gewalt aussprechendes Urtheil, oder gegen die Ausschlagung einer darauf vom Vater angetretenen Erbschaft handelt. Fr. 3 §. 6 de minor.; C. 2 si adv. rem jud. (2, 27); C. 8 §. 1 de bon. quae liberis (6, 61). S. unten §. 666 Note 3. Vangerow, I, §. 177 Anm. 2.

30) C. 5 de fide et jure hastae fiscal. (10, 3). Vgl. aber C. 1, 3 hi adversus fiscum (2, 37).

31) C. 3, 4 de praescr. 30 vel 40 ann. (7, 39); C. 5 in qu. causis (2, 41). Savigny, System Bd. III. Beil. VIII, 27.

32) Fr. 37 pr. §. 1 de minor. (4, 4); fr. 18 ex qu. causis maj. (4, 6); fr. 7 §. 1 de injuriis (47, 10).

33) Fr. 3 de in integr. rest. (4, 1). Vgl. fr. 13 pr. in fine, fr. 29 §. 2 de minor. (4, 4); C. un. si adv. dotem (2, 34).

34) Vgl. Savigny, System Bd. VII. S. 231.

35) Fr. 9 §. 4 de jurej. (12, 2); Const. 5 de in int. restit. min. (2, 22).

7) Während der Verhandlung über das Restitutionsgesuch[35a]) soll Alles in seiner bisherigen Lage bleiben[36]). Wird es abgeschlagen, so ist eine Wiederholung nur insofern zulässig, als sie auf neue Gründe gestützt wird[37]).

Die Wirkung der bewilligten Restitution besteht im Allgemeinen darin, daß, soweit es möglich[38]), der Zustand, welcher vor dem nachtheiligen Thun oder Lassen stattgefunden, wieder hergestellt, und aller Schaden und Verlust von dem Restituirten abgewandt werde[39]). Uebrigens müssen beide Theile, was sie weggegeben oder verloren, zurückerhalten, und nach Beschaffenheit des Falles findet gegenseitige Vergütung und Aufrechnung von Früchten, Zinsen und Verwendungen statt[40]).

---

35a) In der Verhandlung können, wenn die Restitution zur Wiederherstellung eines Rechtsmittels führen soll, judicium rescindens (über die rechtliche und factische Begründung des Restitutionsgesuches) und judicium rescissorium (der durch die Rescission erst möglich gewordene Streit) unterschieden werden. Vergleiche Savigny a. a. O. §. 337, insbesondere S. 237: „Es hat keinen Zweifel, daß das Verfahren über beide Rechtsfragen von Anfang an verbunden (cumulirt) werden kann, und daß die Partei schon ihre Anträge darauf richten darf. Aber es ist ebensowenig zweifelhaft, daß es dem Bedürfnisse einzelner Sachen angemessen seyn kann, beide Verhandlungen gänzlich zu trennen, und zuerst das judicium rescindens abgesondert zu einer rechtskräftigen Entscheidung zu bringen, ehe das rescissorium eingeleitet wird."

36) C. un. in int. rest. postul. nequid novi (2, 50). Vgl. C. 32 de transact. (2, 4). S. aber C. 6, X. de in int. rest. (1, 41).

37) Tit. Cod. si saepius in int. rest. postuletur (2, 44).

38) Vgl. fr. 24 §. 2 de minor. (4, 4).

39) Vgl. fr. 9 §. 7, fr. 21 §. 5, 6 quod metus (4, 2); fr. 24 §. 4 de minor. (4, 4); fr. 23 §. 2, fr. 28 §. 6, fr. 29 ex quibus causis majores (4, 6). Vergl. über Wirkungen der Restitution gegen Rechtsgeschäfte die speciellen Angaben bei Savigny a. a. O. §. 341.

40) Auch die Gegenpartei soll in die frühere Lage zurückversetzt werden, und der Restituirte keinen Gewinn in Folge des rescindirten Verhältnisses behalten. Vergl. fr. 7 §. 5, fr. 24 §. 4, fr. 27 §. 1, fr. 40 §. 1, fr. 47 §. 1, fr. 50 de minor. (4, 4); fr. 22 §. 1, fr. 23 §. 2, fr. 28 §. 6 ex qu. causis maj. (4, 6); fr. 7, 8, 10 §. 20, 21 quae in fraud. cred. (42, 8); C. 1, 2 si adv. transact. vel divis. (2, 32); C. 2 si ut omiss. her. (2, 40); C. un. de reput. quae fiunt (2, 18). S. insbesondere unten §. 666 Nr. 7. Vgl. Glück, Comm. V, S. 453.

Bei Restitutionen gegen Versäumniß einer Frist wird nicht die ganze Frist erneuert, sondern nur derjenige Theil derselben, welche der Implorant zu benützen verhindert war [41]).

## §. 666.

## II. Einzelne Fälle.

### A. Wegen Minderjährigkeit.

Ist ein Minderjähriger [1]) durch ein Geschäft verletzt, bei welchem er ohne Beistand des Vormunds gehandelt hat, so bedarf er in der Regel [1a]) der Restitution nicht, indem er durch die Nichtigkeit des Geschäftes gesichert ist (siehe oben §. 502) [1b]). Vielmehr kommt ihm die Rechtswohlthat der Restitution gerade da zu Statten, wo es an der Mitwirkung des Vormunds nicht fehlt [2]), oder dieser allein handelte [3]), und

---

41) Fr. 26 §. 7, 8 ex quibus causis majores (4, 6). Vgl. fr. 50 de minor. (4, 4). Vgl. Bayers Th. d. Conc.-Pr. §. 57 Note 3.

1) Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Darmstadt genießt der gerichtlich erklärte Verschwender in Beziehung auf die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gleiche Rechte wie der Minderjährige. Seufferts Archiv III, Nr. 190.

1a) Unter den in Note 5 des §. 502 bezeichneten Umständen gilt diese Regel nicht; vielmehr ergibt sich hier das Bedürfniß der Restitution, „wenn der Nachtheil eines Rechtsgeschäftes durch Mitwirken der Unerfahrenheit oder des Leichtsinnes des Minderjährigen herbeigeführt wurde".

1b) Savigny (Bd. VII. §. 322 S. 148) bemerkt, daß ein Bedürfniß der restitutio minorum aus dem Standpunkte des heutigen gemeinen Rechtes nur in sehr beschränktem Maße übrig sey: — „Zuerst deßwegen, weil jetzt eine und dieselbe Vormundschaft vom frühesten Lebensalter bis zur erreichten Volljährigkeit mit gleichen Befugnissen fortdauert. Zweitens auch aus dem Grunde, weil nach dem heutigen Rechte der weit ausgedehntere obrigkeitliche Einfluß auf die Vormundschaft der Minderjährigen einen Schutz anderer Art gewährt."

2) Fr. 47 pr. de minor. (4, 4); C. 4 si adv. rem jud. (2, 27).

3) Constit. 2, 3 si tutor vel curator interven. (2, 25). — So auch, wenn ein Hausvater für sein minderjähriges Hauskind handelte. Hat insbesondere jener eine diesem angefallene Erbschaft für dasselbe angetreten oder ausgeschlagen, so kann es, nachdem es zu reiferen Jahren gelangt, Re-

die Verletzung durch eine vollgiltige Willenshandlung herbeigeführt ist [4]).

Nähere Grundsätze sind:

1) Die Thatsache, welche die Verletzung bewirkt, muß eingetreten seyn, bevor der Verletzte die Volljährigkeit erreicht [5]), oder die venia aetatis erlangt hat [6]).

2) Die Verletzung muß in den eigenen Angelegenheiten des Minderjährigen erfolgt seyn. Hat sie ihren Grund in nachtheiligen Handlungen seines großjährigen Erblassers, so findet die Restitution nicht statt [7]); ebensowenig in Ansehung von Geschäften, welche der Minderjährige nicht für sich, sondern als Bevollmächtigter eines Andern geführt hat [8]), oder welche ein Vertreter des Minderjährigen kraft eigenen Rechtes, wenn gleich zu dessen Schaden, vorgenommen hat [8a]).

---

stitution dagegen suchen; nicht aber gegen die hierin erlangte Restitution aufs Neue restituirt zu werden verlangen. S. C. 8 §. 6 de bonis quae lib. (6, 61).

4) Vgl. fr. 16 pr. de minor. (4, 4). Savigny a. a. O. Note f bemerkt: Die Restitution gegen die unter Mitwirkung des Vormunds oder von diesem allein vorgenommenen Handlungen finde nur statt, wenn der Vormund Etwas versehen hat, nicht wenn dessen zweckmäßige Handlung zufälligen Nachtheil herbeiführte. Vgl. fr. 11 §. 4, 5 de minor.

5) Ob er sui juris oder filius familias sey, ist gleichgiltig. C. 1, 2 de filio fam. minore (2, 23). Ueber die hier stattfindende Computation siehe oben §. 116 lit. a.

6) C. 1 de his qui ven. aetatis (2, 45). Eine beschränkte Ertheilung der venia aetatis liegt nach der gemeinen Meinung darin, daß ein Minderjähriger die obrigkeitliche Autorisation zur Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft, oder zur Betreibung eines Gewerbes erhält. Einem solchen soll in Ansehung von Geschäften, die in das fragliche Gewerbe einschlagen, die Restitution nicht zukommen. Weber, von der natürl. Verbindl. §. 64 Note 7. Glück im Commentar V, S. 546. Vangerow, Band I. §. 183 Anm. 2 Nr. 9. Vgl. indessen Seufferts Archiv V, Nr. 138.

7) Fr. 38 de minor. (4, 4); C. 2 si adv. vend. pign. (2, 29).

8) Sofern es sich nämlich von einem Nachtheile des Andern handelt. Vgl. fr. 23 mit fr. 24 pr. de minor. S. auch fr. 3 §. 4—11, fr. 4, 5, fr. 38 eodem.

8a) Vgl. die Allegate der Note 7 und C. 2 de praediis et aliis rebus (5, 71). Savigny, System VII, §. 323 Seite 152. Seufferts Archiv III, Nr. 189.

3) Die Restitution wegen Minderjährigkeit ist selbst dann zulässig, wenn das verletzende Geschäft unter Auctorität der Obrigkeit geschlossen war [9]); auch wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Minderjährige durch Belangung seines Vormundes, welcher die Verletzung verschuldet hat, schadlos werden könnte [10]).

4) Die Restitution ist zu ertheilen, mag die Verletzung in dem Verluste eines Rechtes oder einer Sache [11]), oder in der Versäumung eines Gewinnes [12]), oder in der Uebernahme einer Verbindlichkeit bestehen [13]). Insbesondere kann sie zur Abwendung derjenigen Nachtheile dienen, welche durch Versehen oder Versäumniß in Führung des Processes zugingen [14]).

5) Nicht nur von dem Minderjährigen selbst, sondern auch von den Nachfolgern desselben (insbesondere den Erben) kann die Restitution gesucht werden [15]); nicht minder kommt die Restitution des ursprünglich Berechtigten den Bürgen zu Gute, sofern nicht die Verbürgung gerade zu dem Zwecke geschah, den Gegner des Minderjährigen für den Fall der Restitution sicherzustellen [16]).

Dritten Personen, welche in Ansehung des fraglichen Verhältnisses mit dem Minderjährigen in Gemeinschaft stehen, nützt

---

9) Const. 11 de praediis et aliis rebus (5, 71); C. 2 de fide min. (2, 24). Savigny, §. 324 S. 151 Note c.

10) C. 3 si tut. vel cur. interv. (2, 25). Eine Ausnahme s. in C. 13 in f. de jud. (3, 1).

11) Vergl. fr. 9 §. 4, fr. 27 §. 2, 3, fr. 34 §. 1, fr. 38, fr. 40 de minoribus (4, 4). C. 1, 2 si advers. transact. (2, 32). C. 1, 2 si advers. vendit. (2, 28).

12) Fr. 7 §. 6 sequ., fr. 24 §. 2 de min. C. 1, 2 si ut omiss. her. (2, 40). Vgl. aber §. 665 Note 9.

13) Fr. 7 §. 9, fr. 33 de min.; fr. 6 §. 5 de confess.

14) Fr. 7 §. 4, 11, fr. 8, 18 §. 1, fr. 36 de minor. Vgl. Tit. Cod. si adv. rem jud. (2, 27).

15) Fr. 18 §. 5, fr. 24 pr. de minoribus, fr. 6 pr. de in integr. restitutione (4, 1).

16) Vgl. fr. 13 de min. (4, 4); fr. 51 de procur. (3, 3); fr. 44 §. 1 de exc. (44, 1); fr. 95 §. 3 de solut. (46, 3); C. 1, 2 de fidejuss. min. (2, 24). Vergl. hierüber Savigny, Bd. VII. §. 335 S. 217 f.; Vangerow, I, §. 183 Anm. 1.

die Restitution des letzteren nur insofern, als die Beschaffenheit der Sache ein untheilbares Interesse begründet [17]).

6) Die Restitution wegen Minderjährigkeit ist auch gegen den dritten Besitzer der durch ein nachtheiliges Geschäft verlorenen Sache [17a]) wirksam, sofern der Minderjährige ein besonderes Interesse hat, die Sache selbst wieder zu bekommen [18]), oder der Dritte bei Erwerbung der Sache Kenntniß von der Verletzung des Minderjährigen hatte [19]), oder von Demjenigen, mit welchem das verletzende Geschäft abgeschlossen wurde, Schadloshaltung nicht erlangt werden kann [20]). Uebrigens kann sich der Gegner des Minderjährigen weder durch das SC. Vellejanum [21]), noch durch das SC. Macedonianum gegen die Restitution schützen [22]), und auch gegen den Fiscus kann sie gebraucht werden [23]); ebenso gegen einen gleichfalls minderjährigen Gegner, jedoch nur insoweit, daß dieser durch die Gewährung nicht seinerseits in Schaden komme [24]).

7) In Ansehung der Wirkung ist es eigenthümlich, daß der restituirte Minderjährige seinerseits zur Zurückgabe des Empfangenen nur insoweit verbunden ist, als er es noch in Natur oder dem Werthe nach in Händen hat [25]).

---

17) C. un. si in commun. eademque causa in int. rest. post. (2, 26).

17a) Arndts, Lehrbuch §. 123: „gegen dritte Personen, auf welche in Folge davon nur mittelbar das dem Verletzten Entzogene übergegangen ist".

18) Fr. 9 pr. de minor. (4, 4).

19) Fr. 13 §. 1 eod.

20) Fr. 14 eod.

21) Fr. 12 eod.

22) Fr. 11 §. 7 eod.

23) C. 1, 2 si adv. fiscum (2, 37).

24) Fr. 11 §. 6, fr. 34 pr. de minor. Vgl. Seufferts Archiv I, Nr. 155. Durch die Restitution gegen ein processualisches Versäumniß, welche der einen Partei gewährt wird, kommt die andere nicht in Schaden. Die Entziehung des Vortheiles, welchen die Handhabung des formellen Rechts dem einen Theile verschaffen würde, wird an sich nicht als Beschädigung des andern Theiles aufgefaßt.

25) Fr. 27 §. 1, fr. 47 §. 1 eodem, fr, 32 §. 4 de admin. tut. (26, 7). — Vgl. aber fr. 39 §. 1 de minor.

8) Die Nachsuchung der Restitution muß binnen vier Jahren geschehen [25a]). Jedoch lauft dieser Zeitraum erst von Erreichung der Volljährigkeit oder von Erlangung der venia aetatis an [26]).

9) Die Restitution kommt dem Minderjährigen nicht zu Gute [26a]): in Ansehung der Folgen eines begangenen Delicts [27]); wenn er sich betrüglich für volljährig ausgab [28]); wenn er das Geschäft eidlich bestärkte [29]); gegen Eingehung einer Ehe [30]); gegen die Annahme einer Zahlung, welche ihm zufolge obrigkeitlichen

---

25a) Vgl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. IX, S. 103. Hier ist (weil die fragliche Rechtswohlthat nur unter Voraussetzung der Geltendmachung binnen gewisser Frist zugestanden sey) die Ansicht ausgeführt, daß der Richter auf Einhaltung der Restitutionsfristen von Amtswegen zu sehen habe, also ein Restitutionsgesuch wegen verspäteten Einbringens sofort verwerfen könne.

26) C. 5 pr., C. 7 de temp. in int. rest. (2, 53). Vgl. fr. 3 §. 3 de minor. (4, 4). Vergl oben §. 665 Note 21. Wird die Restitution vom Erben des Minderjährigen gesucht, so ist zu unterscheiden:

a) Einem minderjährigen Erben lauft die vierjährige Frist erst von der Zeit an, da er volljährig wird. Hat der Lauf schon bei Lebzeiten des Erblassers begonnen, so tritt ein Stillstand bis zur Volljährigkeit des Erben ein.

b) Ist der Erbe volljährig, so wird die Verjährung mit der Antretung der Erbschaft begonnen oder fortgesetzt. Vergleiche fr. 18 §. 5, fr. 19 eodem mit Constitut. 5 §. 1—3 de temporibus in integrum restit. (2, 53). S. auch C. 1, 3 eod. (Ausnahmsbestimmungen für Soldaten.)

26a) Vgl. §. 665 Nr. 5. Ueber die angebliche Ausnahme für den Fall, wenn der Minderjährige auf Befehl seines Vaters ein Darleben aufgenommen hat (vgl. fr. 3 §. 4 de min., C. 1 de filio fam. min. 2, 23) s. Savigny System Bd. VII. S. 277—291. Vgl. übrigens Vangerow, Bd. I. §. 183 Anm. 2.

27) Const. 1, 2 si advers. delict. (2, 35) verglichen mit fr. 9 §. 2 de minor. (4, 4).

28) Const. 1—3 si minor se maj. dix. (2, 43). — S. auch oben §. 20 zu Note 5.

29) Auth. sacr. pub. Cod. si adv. vend. (2, 28).

30) Cap. 9, X. de despons. (4, 2). Verlöbnisse sind der Restitution unterworfen. J. H. Boehmer, de rest. in int. contra spons. minor. (exerc. ad Pand. Tom. II.). v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. IV, Nr. 66. S. meine Erl. z. Erbr. S. 50.

Decretes geleistet wurde[31]); gegen ein von einem wenigstens Achtzehnjährigen zur Befreiung seiner Eltern oder anderer von ihm beerbter Personen aufgenommenes Darlehn[32]); gegen nicht übermäßige Brautgeschenke, wenn die Ehe erfolgt ist[33]); gegen einen Vergleich unter nahen Verwandten über ein gegenseitig auf den Fall des früheren Todes auferlegtes Fideicommiß[34]); wenn der Minderjährige, nachdem er großjährig geworden, das Geschäft genehmigt oder auf die Restitution verzichtet hat[35]).

## §. 667.

### Fortsetzung.

### Restitution juristischer Personen.

Nach Analogie der Restitution der Minderjährigen ist die gleiche Rechtswohlthat eingeräumt:

a) den Stadt- und Dorfgemeinden[1]), welchen eine verbreitete Praxis auch andere Corporationen, deren Angelegenheiten durch Vorsteher oder Verwalter besorgt werden, gleichstellt[2]);

b) den Kirchen, Klöstern und milden Stiftungen[3]);

c) dem Fiscus[4]).

---

31) C. 25 de admin. tut. (5, 37); §. 2 Inst. quib. alien. (2, 8). Savigny a. a. O. S. 151 beanstandet, daß in diesen Stellen für den bezeichneten Fall die Restitution ausgeschlossen sey.

32) Nov. 115 cap. 3 §. 13.

33) C. 1 si adv. don. (2, 30).

34) C. 11 de transact. (2, 4).

35) C. 1, 2 si major factus (2, 46).

1) C. 1 de officio ejus (1, 50); C. 4 ex qu. causis maj. (2, 54); C. 3 de jure reipubl. (11, 29).

2) Kreittmayr, Anm. z. bayer. L.-R. I, 7 §. 36 Nr. 8: „Jure minorum gaudiren . . . . in Summa all andre approbirte Communitäten, corpora und collegia." Vgl. Wernher, Obs. for. tom. I. p. 3 obs. 74. Hofacker, princ. §. 832. Glück im Comment. VI, S. 24. Vgl. jedoch Savigny a. a. O. S. 160.

3) Cap. 1, 3, 6, X. de in int. rest. (1, 41).

4) Ebenfalls nur nach der Praxis. Wernher, Obs. VII, 87. Glück im Comm. a. a. O.

Die vierjährige Verjährungsfrist lauft hier von der Zeit der Verletzung an [5]).

§. 668.

B. Restitution wegen Irrthums, Zwangs oder Betrugs.

Der Einfluß, welchen Irrthum, Zwang und Betrug auf die Wirksamkeit eines Vertrages [1]) haben, ist bereits oben (§. 260 ff.) erörtert worden. Ist in anderen Beziehungen Jemand

1) durch unverschuldeten Irrthum [1a]) in Schaden gekommen, so kann er, in Ermangelung anderer Rechtshilfe, gegen Denjenigen, welcher sich außerdem mit seinem Schaden bereichern würde, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen [2]);

---

5) Cap. un. clement. de restit. in integrum (1, 11): „Ab ecclesia adversus lapsum temporis, in quo se laesam adfirmat, in integrum restitutio peti potest; et causa restitutionis hujusmodi finiri debet intra quadriennium continuum a tempore laesionis: etiamsi minus quadriennio tempus laesionis existat. Sed non fiet restitutio, nisi ad tantum tempus, quantum se laesam fore probat.“ — Siehe aber Cap. 1 eodem in VIto (1, 21): „Ecclesia, quae ad retractandam sententiam, vel contractum, per beneficium restitutionis in integrum, postulat se admitti, si quadriennii spatium post sit lapsum, et *negligenter* omiserit, non est ad beneficium hujusmodi admittenda: nisi praevaricationis, vel fraudis manifeste probetur super hoc intervenisse commentum, aut alia rationabilis causa subsit, quae superiorem movere debet ad idem beneficium concedendum.“ Cap. 2 eodem. Vergl. J. H. Boehmer, I. E. P. tom. I. lib. I. tit. 41 §. 9. Savigny a. a. O. Seite 247. Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Darmstadt erst von dem Momente der Kenntniß der Läsion. Seufferts Archiv III, Nr. 191.

1) In Bezug auf letztwillige Verfügungen s. oben §. 534.

1a) Fr. 2 de in int. rest. (4, 1). Es muß eine „magna causa justi erroris, ut etiam constantissimus quisque labi posset“ vorhanden seyn. Vergl. §. 33 Inst. de act. (4, 6). — S. auch fr. 1 §. 6 quod falso tutore (27, 6) und fr. 1 §. 14 de separat. (42, 6). — Vergl. oben §. 512 a. E. und §. 573 a. Seufferts Archiv III, Nr. 141.

2) Vgl. Thibaut, Versuche Bd. 2 Abth. 4 Nr. 7. Savigny, System Bd. VII. §. 331.

so bei Mißgriffen, Geständnissen oder Versäumnissen im Processe, welche auf Irrthum beruhen [3]).

2) Verluste, welche durch Zwang oder Furchterregung herbeigeführt sind, begründen die actio quod metus causa und eine exceptio metus (s. oben §. 423) [4]). Indessen kann sich der Verletzte, wo diese ordentlichen Rechtsmittel nicht ausreichen [5]), auch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in der Art bedienen, daß er unter dem Schutze dieser Rechtswohlthat das Recht, welches er vermöge des Zwanges verloren, auf dem Wege der Klage oder Einrede, Replik u. s. w. geltend macht [6]).

---

3) Vgl. §. 33 Inst. de act. (4, 6); fr. 23 §. 11, fr. 24, fr. 25 pr. ad legem Aquil. (9, 2); fr. 11 §. 8, 10, 11, fr. 13 pr. de interrog. (11, 1); fr. 2, 7 de confessis (42, 2). Savigny, System Bd. 3 S. 385 f., Bd. 7 S. 31. Bl. f. R.-A. XIV, S. 353.

4) Vgl. Savigny, System Bd. VII. §. 330. Dollmann (Bl. f. R.-A. XVI, 131 f.) beschränkt die Wirksamkeit der actio quod metus causa gegen dritte Besitzer auf Successoren (Rechtsnachfolger) des Zwingenden. Aber das „*ex hac re* eum, qui conveniatur, lucrum sensisse" paßt auch auf einen Beklagten, welcher Denjenigen, der die Sache durch Furchterregung erworben hatte, seinerseits geplündert hat. Diese Plünderung hätte ihm ohne den Erfolg der früheren Furchterregung die fragliche Sache nicht verschafft. Der gegenwärtige Besitz des Beklagten steht demnach allerdings im Causalzusammenhang mit der früher am Kläger von einem Dritten verübten Furchterregung.

5) Vergl. Savigny a. a. O. S. 195: „Ein solcher Fall kann eintreten wegen der Zahlungsunfähigkeit des Gegners. Hier kann die persönliche Klage wegen der bevorzugten Natur anderer Gläubiger ganz ohne Erfolg bleiben. Die durch Restitution gewährte Klage in rem wird den Kläger (als Separatisten) zum Ziele führen. Ein anderer Fall wird in unseren Rechtsquellen ausdrücklich anerkannt. Wenn Jemand durch Zwang bewogen wird, eine angefallene Erbschaft auszuschlagen, so kann er gegen eine solche Handlung, wenn sie ihm nachtheilig ist, Restitution erhalten. Fr. 21 §. 5, 6 quod metus (4, 2)." Vgl. Vangerow, Bd. I. §. 185 Anm. 1.

6) Fr. 9 §. 4 quod metus (4, 2): „Volenti autem datur et in rem actio, et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione." Vgl. fr. 9 §. 3, fr. 21 §. 6 eodem, fr. 4 §. 33, 34 de doli mali et metus exc. (44, 4); Constitut. 3 de his quae vi metuve (2, 20). In solcher Weise werden auch Versäumnisse, welche in Folge Zwanges begangen worden, unschädlich gemacht.

3) Sind in Folge gespielten Betrugs[6a]) Versäumnisse begangen worden, so dient die Restitution zur Aufhebung des eingetretenen Nachtheiles; sie gewährt ferner Hilfe wider Den, welcher dem Verletzten in dem Rechtsverhältnisse gegenübersteht, wenn die Entschädigungsklage gegen den dritten Betrüger (actio doli — §. 424) wegen dessen Zahlungsunfähigkeit keinen Erfolg hätte[7]).

## §. 669.

## C. Rechtshilfe wegen alienatio judicii mutandi causa.

Wenn der Besitzer einer fremden Sache, der eine Eigenthumsklage zu besorgen hatte, den Besitz absichtlich weggab, indem er dadurch den Kläger in eine nachtheiligere Lage versetzte, so sollte durch Restitution die Klage gegen ihn eben so möglich gemacht werden, wie wenn er den Besitz behalten hätte[1]). Diese Restitution wurde aber völlig überflüssig gemacht durch die späterhin, zuerst bei der Erbschaftsklage (vgl. §. 577 Nr. 5), dann bei der Eigenthumsklage (§. 149 lit. a), eingeführte Klagstellung gegen den qui dolo desiit possidere[2]). Dieser kann jetzt, gerade so wie ein gegenwärtiger Besitzer, mit jenen Klagen in rem belangt werden, ohne daß es dazu einer Restitution bedarf[3]).

---

6a) Da der Betrug Irrthum veranlaßt, so ist hier auch die Anwendung des unter Nr. 1 Gesagten in Frage.

7) Vergl. fr. 1 §. 6, fr. 5, 6, 18 §. 3, fr. 38 de dolo (4, 3) mit fr. 7 §. 1 de in integrum restitut. (4, 1); fr. 3 pr. §. 1 de eo per quem factum (2, 10) und fr. 11 §. 4, 5, fr. 18 de interrog. in jure (11, 1). Siehe hierüber Savigny a. a. O. §. 332, welcher die Hilfe der Restitution auch in Vertragsverhältnissen annimmt, wenn die in §. 261 a. E. erwähnte, gegen den Betrüger begründete actio doli wegen dessen Zahlungsunfähigkeit keinen Erfolg gewährt, in welchem Falle Restitution gegen den anderen Contrahenten stattfinden soll. Vergleiche indessen Wächter, Württemb. Privatrecht Bd. II. §. 105 Note 9.

1) Fr. 3 §. 4 de alien. jud. mut. causa facta (4, 7). Vgl. Mühlenbruch, Cession 3. Ausg. S. 351 Note 230.

2) Savigny, System Bd. VII. §. 333, S. 212.

3) Savigny a. a. O. §. 316 S. 103 f.

Wer außerdem [4]) durch Veräußerung einer Sache dem Andern die Verfolgung seines Rechtes [5]) geflissentlich erschwert oder schmälert, kann mit einer actio in factum (als Delictsklage) auf das Interesse belangt werden [6]).

Geschah die Veräußerung von Seite eines Klagberechtigten zur Erschwerung der Vertheidigung, so braucht sich der Beklagte mit dem neuen Kläger nicht einzulassen [7]).

### §. 670.

### D. Rechtshilfe wegen alienatio in fraudem creditorum facta [1]).

Veräußerungen, welche ein Schuldner vornimmt, nachdem ihm zur Sicherheit der Gläubiger die Verfügung über sein Vermögen entzogen, insbesondere nachdem die Eröffnung des Concurses erkannt ist, sind geradezu nichtig. Hat hingegen ein Gemeinschuldner vor Eröffnung des Concurses sein Vermögen durch Veräußerungen zum Nachtheile seiner Gläubiger verringert, so kann zwar deren Giltigkeit nicht angefochten, wohl aber von den beeinträchtigten Gläubigern mit der actio Pauliana Rescission derselben gesucht werden [2]).

Nähere Grundsätze über die Bedingungen und die Natur dieses Rechtsmittels sind:

---

4) S. indessen über das Verhältniß der dinglichen Klage gegen den fictus poss. zu der actio in factum — C. un. de alien. jud. mut. (2, 55).

5) z. B. durch actio aquae pluviae arcendae (§. 422), durch operis novi nunciatio (§ 419).

6) Fr. 1 pr. §. 1, fr. 3 §. 2—4, fr. 4 §. 2, 3, 5, fr. 8 §. 2 eodem (4, 7). Vgl. indessen fr. 3 §. 5 eod.

7) Er hat gegen denselben die exceptio doli. Fr. 11, 12 eod.

1) Ueber das Verhältniß dieser Rechtshilfe zur in integrum restitutio — s. Vangerow, Bd. I. §. 178 Anm. Nr. 3.

2) Die Gesetze erwähnen auch eines interdictum fraudatorium; fr. 67 §. 1, 2 ad SC. Treb. (36, 1); fr. 95 de solut. (46, 3); allein ohne die Natur desselben zu bestimmen.

1) Der Schuldner muß freiwillig eine Handlung vorgenommen haben, durch welche sein Vermögen verringert wurde [3]). Dies kann geschehen:

a) durch Acte von Liberalität, insbesondere durch Schenkungen und Remission von Ansprüchen, gleichviel, ob diese ausdrücklich erklärt, oder — z. B. durch Unterlassung der Geltendmachung — bethätigt wurde [4]);

b) Durch Uebernahme neuer Verbindlichkeiten [5]), insbesondere auch durch Bestellung von Pfandrechten [6]);

c) durch Befriedigung einzelner Gläubiger vor anderen, welche nicht von Rechtswegen jenen nachstehen. Jedoch kann dies die Paulianische Klage nur dann begründen, wenn entweder eine noch nicht fällige Schuld berichtigt wurde [7]), oder die Einzelnen geleistete Zahlung deßwegen als eine besondere Begünstigung erscheint, weil andere Gläubiger ihre Befriedigung gleichmäßig oder noch mehr betrieben haben [8]). Vergl. unten Nr. 4 lit. b und Note 22, wie auch §. 671 Nr. 3 und Note 8.

---

3) Vgl. fr. 1 §. 2, fr. 2, 3 quae in fraudem cred. (42, 8). Veräußerungen und Zahlungen, welche auf richterlichen Befehl oder zur Abwendung gerichtlicher Execution geschehen, gehören nicht hierher. — Gegen die (von dem O.-A.-G. zu Cassel — vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 248 — adoptirte) Ansicht, daß zur Zeit der fraglichen Vermögensverringerung der Schuldner bereits im Stande der Insolvenz gewesen oder in diesen durch die angefochtene Disposition gekommen seyn müsse, vergleiche ein Erk. des O.-A.-G. zu Oldenburg ebd. V, Nr, 95.

4) Vergleiche fr. 2, fr. 3 pr. §. 1 eodem: „Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad judicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usumfructum, vel servitutem amittit.“ Vgl. fr. 3 §. 2, fr. 4, 5, 6 §. 11, fr. 17 pr., fr. 18 eodem.

5) Fr. 3 pr. eod.

6) Fr. 10 §. 13, fr. 22 eod. Seufferts Archiv I, Nr. 392, II, Nr. 116.

7) Fr. 10 §. 12, fr. 17 §. 2 eod.

8) Fr. 6 §. 2 de rebus auct. jud. (42, 5) und fr. 24, 25 §. 1 quae in fraudem vgl. mit fr. 6 §. 6, 7, fr. 10 §. 12, 16, fr. 17 §. 2 eodem. Siehe auch fr. 96 pr. de solut. (46, 3). Gottschalk, select. disc. for. Tom. I. cap. 36. Seufferts Archiv II, Nr. 352, IV, Nr. 272 Note 1. Vgl. Laspeyres im A. f. c. Pr. XXI, Nr. 2 mit Francke ebend. XVI,

d) Selbst onerose Veräußerungen sind der Rescission unterworfen (siehe unten Nr. 4)[9]). Dagegen fällt diese weg, wenn nicht das vorhandene Vermögen verringert, sondern nur ein neuer Erwerb verschmäht wurde[10]); z. B. im Falle der Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses[11]), oder bei Unterlassung des Abzuges der Falcidischen oder Trebellianischen Quart[12]).

2) Der Schuldner muß die in Frage befindliche Verringerung seines Vermögens in der Absicht vorgenommen haben, seine Gläubiger (resp. einen Theil derselben) zu verkürzen, nämlich denselben die Mittel ihrer Befriedigung zu schmälern[13]). Bei

---

Nr. 5 Anderer Meinung mit letzterem auch Vangerow, Band III. §. 697 S. 609 f. und Puchta, Vorles. zu §. 380; mit welchen ein Lübecker O.=A.=G.=E. (Seufferts Archiv IV, Nr. 272) übereinstimmt.

9) Fr. 7 eodem: „Si debitor in fraudem creditorum *minori pretio* fundum scienti emtori *vendiderit.*" — Vergleiche aber fr. 10 §. 2 eodem. C. 5 eodem (5, 75). Eine Verkürzung der Gläubiger kann auch durch eine dem Werthe vollkommen entsprechende Veräußerung bewirkt werden, denn das Kaufgeld kann ein betrüglicher Schuldner leichter bei Seite schaffen, als die meisten anderen Sachen. Ueber dationes in solutum vergleiche fr. ult. quibus ex causis in possess. eat. (42, 4). Vangerow a. a. O. S. 617.

10) Eine Ausnahme zu Gunsten des Fiscus siehe in fr. 45 pr. de jure fisci (49, 14). Savigny, System IV, §. 145 Note n. Vergleiche indessen fr. 26 eodem (welches nur von dem Falle einer zum Nachtheile des Fiscus von Kindern eines capitis reus geschehenen Erbschaftsausschlagung spricht). Die Ausnahme bestreiten Puchta, Vorles. zu §. 380 Nr. 4 und Mühlenbruch, Pand. §. 174 Note 7.

11) Fr. 6 pr. §. 1—5 quae in fraudem.

12) Fr. 19, 20 eod.

13) Fr. 1 pr., fr. 10 pr. eod. Die bezeichnete Absicht ist überall vorhanden, wo die fragliche Handlung mit dem Bewußtseyn der daraus erfolgenden Verkürzung von Gläubigern vorgenommen wurde. — Vgl. Seufferts Comm. z. bayer. G.=O. Bd IV. S. 422 Note 13. Puchta a. a. O. S. 226: „Dies (die fraus des Schuldners) wird vermuthet, wenn nachher der Concurs eröffnet wird." — Nach Entscheidungen des O.=A.=G. zu Cassel (mitgetheilt in Seufferts Archiv III, Nr. 248) genügt es zur Begründung der actio Pauliana nicht, im Allgemeinen zu behaupten, daß die Veräußerung in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, geschehen

der Verschenkung des ganzen Vermögens versteht sich diese Absicht von selbst [14]).

Uebrigens kann der Schuldner seine Insolvenz gekannt und doch in gutem Glauben gehandelt haben [15]).

3) Es muß eine Verkürzung von Gläubigern wirklich vorliegen, d. h. die Concursmasse zu deren Befriedigung unzureichend oder außer dem Concurse das Executionsverfahren wegen Mangels an Executionsmitteln erfolglos geblieben seyn [16]).

4) Bei onerosen [17]) Veräußerungen muß der Erwerber an der widerrechtlichen Absicht des Schuldners Theil genommen, d. h. bei Eingehung des Geschäftes gewußt haben, daß dadurch eine Verkürzung der Gläubiger bezweckt werde [18]). Hierüber ist zu bemerken:

a) Daraus, daß der Erwerber die Insolvenz des Veräußerers kannte, folgt noch keineswegs, daß er an dem Dolus desselben Theil habe [19]). Diese Theilnahme wird aber angenommen, wenn er von den Gläubigern gewarnt war [20]).

b) Als onerose Veräußerung gilt hier auch die Bestellung einer

---

sey, es müssen vielmehr in der Klagschrift concludente Thatumstände angeführt werden, aus welchen sich der Dolus folgern läßt. Vgl. Bl. f. R.-A. II, S. 234.

14) Fr. 17 §. 1 eodem. Vergleiche Arnold in den Blättern für R.-A. IX, S. 211.

15) Indem er z. B. auf Vermögenszuwachs durch Erbschaften, gelingende Speculationen rechnete. Hagemann, prakt. Er. VII, Nr. 84. Seufferts Archiv III, Nr. 249.

16) Fr. 6 §. 14, fr. 10 §. 1, 18 eodem; vergl. fr. 15 eodem und §. 6 Inst. de act. (4, 6). Seufferts Archiv III, Nr. 247, 251; ebd. I, S. 435. Bl. f. R.-A. III, S. 193, IX, S. 297, XIII, S. 86.

17) Vergleiche fr. 6 §. 11, fr. 17 §. 1, fr. 25 quae in fraudem. Constitut. 5 eodem.

18) Fr. 10 §. 2—4 eod.

19) Vgl. fr. 6 §. 7, fr. 10 §. 2, 4 eod.

20) Fr. 10 §. 3 vgl. mit fr. 6 §. 10 eod.

Dos[21]), die Bezahlung einer fälligen Schuld[22]) wie deren Berichtigung durch datio in solutum[22a]); ferner die Bestellung eines Pfandrechtes, sofern durch letztere die Bewilligung längerer Nachsicht erlangt wird[23]).

Der Fiscus hat die Paulianische Klage ohne Rücksicht auf Dolus des Erwerbers[24]); selbst dann, wenn dieser nur empfing, was er zu fordern hatte[25]).

---

21) Fr. 25 §. 1 eodem. Nämlich dem Empfänger der Dos, dem Ehemanne gegenüber, „cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit". Zuwendungen an Kinder zur Aussteuer, resp. zur Begründung des Haushaltes, mögen nach Umständen, zumal ihrem Betrage nach, den Kindern gegenüber allerdings als Acte der Liberalität erscheinen Vergl. fr. 10 §. 14 eod.; Constit. 2 eodem (7, 75). — Vergl. Seufferts Archiv I, Nr. 393. Eine versprochene Dos kann, insofern die Gläubiger dadurch verkürzt werden, im Concurse des Vaters, der sie versprochen, mit Erfolg nicht liquidirt werden. Ebd.

22) Vergl. fr. 25 §. 1 in fine eodem. Deßwegen setzt die actio Pauliana in den oben unter Nr. 1 lit. c bezeichneten Fällen, sofern nicht bloß das Interusurium eingeklagt wird (§. 671 Note 8), conscientia fraudis von Seite des bezahlten Gläubigers voraus. Seufferts Arch. IV, Nr. 276. — In dem Bewußtseyn, daß der Schuldner ihn, mit Voraussicht der daraus erfolgenden Verkürzung anderer besser oder gleich berechtigter Gläubiger, in widerrechtlicher Absicht begünstigen wolle, liegt allerdings conscientia fraudis.

22a) Seufferts Archiv III, Nr. 250, IV, Nr. 276.

23) Vergl. A. D. Weber, Beiträge zur Lehre von Klagen und Einreden St. I. Nr. 7. Seufferts Archiv I, Nr. 392, IV, Nr. 274. Die Annahme einer Pfandbestellung von Seite eines Gläubigers, qui *sine fraudandi animo* sibi *vigilavit*, unterliegt der Anfechtung nicht. Wenn aber der Schuldner das Pfand nicht bestellte, um sich vom Andringen eines Gläubigers zu befreien, oder um eine fällige Schuld nicht bezahlen zu müssen, wenn der Gläubiger für die Pfandbestellung in Bezug auf eine schon bestehende Schuld nichts leistet, nicht weitere Stundung bewilligt, so macht er durch den Erwerb des Pfandrechtes einen lucrativen Erwerb, und es kommt, wenn nur animus fraudandi des Schuldners vorliegt, auf die conscientia fraudis von Seite des Pfandempfängers nicht an. Bl. f. R.-A. XIV, S. 30 f.

24) Fr. 45 pr. de jure fisci (49, 14). Für unbegründet erklärt obige Ausnahme zu Gunsten des Fiscus — Puchta, Vorl. Bd. II. S. 228.

25) Fr. 18 §. 10, fr. 21 eod.

## §. 671.

### Fortsetzung.

### Natur der Paulianischen Klage.

Die Paulianische Klage steht

1) den Gläubigern zu, zu deren Verkürzung die dolose Handlung des Schuldners — mit Erfolg — unternommen wurde [1]). Daher können sich diejenigen Gläubiger, deren Forderungen erst nach der fraglichen Veräußerung entstanden, derselben nicht bedienen; ausgenommen, wenn mit dem von ihnen dargeliehenen Gelde ältere Gläubiger, gegen welche die böse Absicht des Schuldners gerichtet war, befriedigt worden sind [1a]).

Gläubiger, welche um die Veräußerung wußten und sie ohne Einspruch geschehen ließen, sind von der Anfechtung ausgeschlossen [2]).

2) Beklagter ist zunächst der Empfänger [3]) oder dessen Erbe [4]). Aber auch gegen einen dritten Besitzer findet die Klage statt, sofern derselbe bei dem Erwerbe der Sache Wissenschaft von der widerrechtlichen Absicht der ersten Veräußerung hatte [5]).

3) Zweck der Klage ist Wiederherstellung des vor der Veräußerung stattgefundenen Zustandes [6]); demnach, nach Verschieden-

---

1) Es ist eine irrige Ansicht, die a. Pauliana könne nur von den Vertretern der Gesammtheit der Gläubiger angestellt werden. Seufferts Archiv II, Nr. 115. — In dem zu Note 8 des §. 670 bemerkten Falle sind nur die creditores aeque vigilantes zur Revocation der Zahlung befugt. Ebd. Nr. 352.

1a) Fr. 15, 16 vergl. mit fr. 10 §. 1 eod. Vergl. Seufferts Archiv II, Nr. 115.

2) Fr. 6 §. 9 eod.

3) Vergl. §. 6 Inst. de act. (4, 6) und Theophilus zu dieser Stelle mit fr. 9 quae in fraudem cred. (42, 8). Siehe Thibaut, Vers. Ausg. II. Th. II. S. 39. Vgl. Bl. f. R.-A. IX, S. 211.

4) Der Erbe nur auf das id quod pervenit. Vgl. fr. 10 §. 25 mit fr. 11 eodem.

5) Fr. 9 eodem vgl. mit §. 6 Inst. de act.

6) Fr. 10 §. 22 quae in fraudem cred. (42, 8). Der Kläger kann übrigens nicht mehr verlangen, als ihm abgeht. Arnold a. a. O. S. 213 Nr. 7.

heit des Falles, Zurückgabe der veräußerten Sache, Realisirung der von dem Schuldner aufgegebenen Forderung [7]), Aufhebung der übernommenen Verbindlichkeit oder des bestellten Pfandrechtes, Erstattung der empfangenen Zahlung [8]). Von einem Beklagten in bösem Glauben kann der Ersatz des vollen Interesse verlangt werden, insbesondere Vergütung aller gezogenen und aus Nachlässigkeit nicht gezogenen Früchte [9]).

War hingegen der Beklagte in gutem Glauben, so haftet er nur insoweit, als er bereichert ist [10]) und Früchte nach der Klagerhebung gezogen hatte [11]).

4) Dem Beklagten gebührt der Ersatz der an den Schuldner entrichteten Gegenleistung; jedoch im Falle des bösen Glaubens nicht weiter, als in der Activmasse davon vorhanden ist [12]).

In diesem Falle können von den Verwendungen nur die nothwendigen aufgerechnet werden; wohingegen der Beklagte in gutem Glauben auch auf Vergütung der nützlichen bestehen kann [13]).

5) Die Klage ist geboren, sobald ausgemittelt ist, daß eine Verkürzung der Gläubiger wirklich stattfindet. Sie verjährt in Zeit

---

7) Und zwar mit Entrichtung von Zinsen, wenn die Forderung eine verzinsliche war. Fr. 10 §. 22 cit.

8) Vgl. fr. 10 §. 22, 23, fr. 9, 14 eodem. Ist einem Gläubiger, was ihm gebührt, nur vor der Verfallzeit entrichtet worden, so ist die a. Pauliana, sofern nicht der Empfänger Mitwissender der widerrechtlichen Absicht des Schuldners war, auf das Interusurium zu beschränken; insbesondere in dem Falle, wenn bei Eintritt des Zahlungstermines der Concurs noch nicht ausgebrochen war. Fr. 10 §. 12 eodem. Vergl. fr. 17 §. 2 eod. S. Arnold a. a. O. S. 213 Nr. 6.

9) Fr. 10 §. 20 eod.

10) Fr. 6 §. 11 eod.

11) Fr. 25 §. 4 eod.: „Non solum autem ipsam rem alienam restitui oportet, sed et fructus, *qui alienationis tempore terrae cohaerent:* quia in bonis fraudatoris fuerunt. Item eos, qui post inchoatum judicium percepti sunt.“ Fr. 25 §. 5 eod.

12) Fr. 7, 8 eod. Unterholzner, Schuldverh. Bd. II. S. 98. Vergl. Seuffert, Comm. z. bayer. G.-O. Bd. IV. S. 426 Note 32.

13) Vgl. fr. 10 §. 20 eod.

eines Jahres (annus utilis)[14]; nur insoweit, als der Gegner bereichert ist, dauert sie 30 Jahre[15]).

## §. 672.

### Fortsetzung.

Die Paulianische Klage kann

6) auf Entschädigung gegen den Schuldner selbst angestellt werden, nämlich in dem Falle, wenn die Verkürzung durch Ausklagung des Empfängers nicht gehoben wurde, und der Schuldner späterhin an neuem Vermögen mehr erwirbt, als er zu seinem Unterhalte braucht[1]). Die actio Pauliana ist als utilis begründet:

a) gegen die Legatare, sofern sich nach Berichtigung der Vermächtnisse die Insolvenz der Erbmasse herauswirft[2]);

b) wenn der Erbe, welcher zum Nachtheile der Gläubiger Veräußerungen vorgenommen hat, gegen den Antritt der Erbschaft restituirt wurde[3]).

## §. 673.

### E. Restitution wegen Abwesenheit.

Als besonderer Grund der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gilt auch die Abwesenheit[1]), indem die prätorische

14) Fr. 6 §. 14, fr. 10 §. 18 eod.

15) Fr. 10 §. 24 eod.

1) Fr. 1 pr., fr. 25 §. 7 eod.; C. 6 de revoc. his quae in fraudem cred. (7, 75). Cujacius, Obs. lib. XII. cap. 5.

2) Fr. 6 §. 13 quae in fraud. cred. (42, 8).

3) Fr. 10 §. 10 eod.

1) Der wirklichen Abwesenheit werden die oben §. 103 angeführten Fälle der fingirten gleichgeachtet. Von der Restitution Blödsinniger s. Seufferts Archiv V, Nr. 103. Savigny, System Band III. §. 325 S. 167 lehrt: „Wir werden hier den Begriff von Abwesenheit dahin zu bestimmen haben, daß diese Restitution überall ertheilt werde, wo sich der Verlust eines Rechtes dadurch ereignet, daß der Berechtigte durch ein äußeres

Rechtswohlthat Demjenigen zu Theil wird, der durch seine oder seines Gegners Abwesenheit an der Geltendmachung eines Rechtes gehindert war[2]). Nähere Grundsätze sind:

1) Ist die Verletzung durch Abwesenheit des Verletzten selbst[3]) herbeigeführt, so findet die Restitution nicht statt, wenn derselbe aus Nachlässigkeit die Aufstellung eines Bevollmächtigten versäumt hat[4]), oder gegen den nachlässigen Bevollmächtigten eine wirksame Entschädigungsklage begründet ist[5]). Im Uebrigen ist die Restitution weder durch Nothwendigkeit noch durch Löblichkeit der Abwesenheit bedingt[6]); indem diese Eigenschaften nur als Umstände in Betracht kommen, welche das richterliche Ermessen für die Ertheilung bestimmen können[7]).

2) Wegen Abwesenheit des Gegners wird Restitution ertheilt, wenn die Verletzung dadurch zuging, daß man den Abwesenden nicht belangen konnte[8]). Hiernach wird vorausgesetzt, daß derselbe keinen Bevollmächtigten ernannt hatte, und daß auch sonst Niemand zu dessen Vertheidigung bereit war[9]).

---

Hinderniß abgehalten wird, die Handlungen vorzunehmen, wodurch er den Verlust verhütet haben würde." In dieser Begriffstellung umfaßt Abwesenheit auch das ganze Gebiet der clausula generalis (§. 674).

2) Fr. 1 ex qu. causis maj. (4, 6).

3) Die Restitution ist nicht auf besondere Fälle der Abwesenheit beschränkt. Fr. 26 §. 9 eod. Vgl. Savigny a. a. O. §. 326.

4) Vgl. fr. 26 §. 1 mit fr. 28 pr. eod. und fr. 7 pr. in f. de in int. rest. (4, 1). S. auch fr. 20 pr. de minor. (4, 4).

5) Vgl. fr. 8 eod. mit fr. 39 ex qu. causis maj. (4, 6). Savigny a. a. O. S. 176 lehrt: „Was der Procurator vernachlässigt, ist mit diesem abzumachen, gewöhnlich durch die mandati actio." Daß ein Procurator aufgestellt war, schließt an und für sich die Restitution nicht aus. Vergl. fr. 15 pr., fr. 26 §. 9 eodem; C. 1 eod. (2, 54). Savigny a. a. O. S. 178. Vergl. Vangerow, Bd. I. §. 188 Anm. 3.

6) Vgl. fr. 26 §. 1, 9, fr. 28 pr., fr. 40 §. 1 eod.

7) Vgl. fr. 26 §. 9, fr. 28 pr. §. 1 eodem. Savigny a. a. O. §. 327 S. 174 f.

8) Durch Einführung des Rechtsmittels der Protestation (s. oben §. 29 ff.) ist die Restitution für diesen Fall nicht aufgehoben. Dem Berechtigten muß die Wahl zwischen beiden Schutzmitteln zugestanden werden. Savigny a. a. O. S. 184.

9) Fr. 1 §. 1, fr. 21 pr. §. 2, fr. 22 pr. eod. Savigny a. a. O.: „Jedoch

3) Die Nachsuchung der Restitution wegen Abwesenheit muß von Zeit der Beseitigung des Hindernisses der Rechtsverfolgung [9a]) (von Zeit der Rückkehr) binnen vier Jahren geschehen [10]).

4) Die Wirkung der erlangten Restitution besteht darin, daß die eingetretene Versäumniß unschädlich und das verlorene Recht wiederhergestellt wird [11]). Zur Geltendmachung desselben dient die demselben entsprechende Klage als actio rescissoria [12]).

## §. 674.

## F. Restitution aus der clausula generalis.

In Gemäßheit der allgemeinen Zusicherung der prätorischen Rechtshilfe für jeden Fall einer justa causa [1]) kann die Restitution gegen eine in Bezug auf Geltendmachung oder Sicherung eines

---

ist die bloße Bereitwilligkeit eines Vertreters nicht hinreichend; vielmehr muß derselbe Bürgschaft leisten, selbst wenn er ein bestellter Procurator ist, sonst gilt der Gegner nicht als defensus. Fr. 21 §. 3 eod. §. 1, 4, 5 Inst. de satisd. (4, 11)."

9a) Wahn- und Blödsinnige gelten als Abwesende (§. 103). Solange dieser Geisteszustand dauert, beginnt der Lauf des Quadrienniums nicht. Seufferts Archiv V, Nr. 103.

10) Fr. 1 §. 1 ex qu. causis maj. vgl. mit C. 7 §. 1 de temp. in int. rest. (2, 53). Siehe auch fr. 28 §. 3 ex qu. causis maj. (4, 6). Savigny a. a. O. §. 340.

11) Fr. 86 pr. de adquir. her. (29, 2); Const. 1 de restit. milit. (2, 51). — Vergl. fr. 17 §. 1, fr. 41, 43 ex qu. causis maj. Savigny a. a. O. §. 329.

12) §. 5 Inst. de act. (4, 6); fr. 17 pr., fr. 28 §. 5, 6 ex qu. causis maj.; C. 24 de rei vind. (3, 32). Uebrigens kann nach Umständen die Geltendmachung auch auf dem Wege der Einrede geschehen. Savigny a. a. O. S. 191.

1) Fr. 1 §. 1 in fine ex quibus causis majores: „Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebisscita, Senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit." Fr. 26 §. 9 eod.: „Multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, *ut, quoties aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.*"

Rechtes vorgekommene Versäumniß überall[2]) gewährt werden, wo im Hinblick auf hindernde Umstände dringende Billigkeitsrücksichten[3]) die Abwendung eines nach dem strengen Rechte zugegangenen Nachtheiles erheischen[4]); sofern die allgemeinen Voraussetzungen der Restitution nicht ermangeln[5]), und im einzelnen Falle besondere Gesetzesvorschriften nicht im Wege stehen[6]).

---

2) Vgl. fr. 3 §. 1 de eo per quem factum (2, 10); fr. 8 §. 2 qui satisdare cog. (2, 8); fr. 5 §. 1 de edendo (2, 13); fr. 35 de servit. praed. rust. (8, 3); fr 1 §. 9 de itin. actuque privato (43, 19).

3) Immer muß ein specieller Grund vorliegen, zufolge dessen in dem gegebenen Falle die Abweichung vom strengen Rechte motivirt wird. Einer s. g. allgemeinen Billigkeit, welche alles und jedes Handhaben von Fristen und Terminen unbillig findet, darf, wenn nicht die Gerechtigkeit ein Opfer der Chicane werden soll, eine Stätte in der Rechtspflege nicht bewilligt werden. — Vom Verschulden des Mandatars als Restitutionsgrund vgl. Seufferts Archiv III, Nr. 188

4) Klien im Archiv f. civ. Praxis Bd. 1 Nr. 16. Vangerow, Bd. I. §. 188. Savigny, System Bd. VII. §. 325 S. 167. (S. oben §. 673 Note 1).

5) Insbesondere kann von der Restitution ex clausula generali keine Rede seyn, wenn die Verletzung zum Theil ihren Grund in Nachlässigkeit oder überhaupt im Verschulden des Verletzten hat (s. oben §. 665 Nr. 1).

6) Fr. 28 §. 2 ex qu. causis maj.

# Zusätze und Berichtigungen*).

## Band I.

Zu §. 4 Note 1 vgl. Seufferts Archiv IV, Nr. 250.

— 10. Von der verbindlichen Kraft eines Herkommens über Contractsverhältnisse — ebd. IV, Nr. 94.

— 11. Vom Beweise der Gewohnheit durch Präjudicate — ebendas. V, Nr. 99.

— 14 Note 3. Nach welchen Gesetzen bestimmt sich die Haftung der Erben eines Verwalters für eine von diesem gemachte Capital-Anlage, wenn die Vorschriften, welche darüber zur Zeit der fraglichen Capital-Anlage galten, vor der Erbschaftsantretung durch eine andere, abweichende Gesetzgebung verdrängt worden sind? — Ebd IV, Nr. 93.

Rückwirkende Kraft der Gesetze bei Aufhebung der Moratorien — ebd. Nr. 199.

Zurückforderung einer Vorausbezahlung, welche aus einem später gesetzlich aufgehobenen Rechtsgrunde geleistet wurde — ebd. Nr. 200.

— 17 Note 3. Statutencollision in Bezug auf Sponsalien — ebd. V, Nr. 136.

— 5. — — betr. Fähigkeit zum Eigenthumserwerb. Retentionsrecht. Ebd. Nr. 1.

— 6. — — in Ansehung der Frage: ob der Absendungs- oder der Empfangsort als Erfüllungsort anzusehen? — ebd. IV, Nr. 91.

---

*) Die in diesem Anhang vorkommende Abbreviatur „ebd." verweist auf das nächst vorgängige Allegat des vorigen Zusatzes, nicht auf Allegate der in Bezug genommenen Noten der angeführten §en.

Zu §. 17 Note 6. Statutencollision in Bezug auf Beschädigungen an Frachtgütern während der Fahrt und bei Uebersegelungen auf offener See — ebd. Nr. 3, 4.

— 9. — — Sachlegitimation durch Erbrecht. Beweisauflage über den Inhalt des fremden Rechtes; Beweislast. Ebd. Nr. 92.

— 23 — 5. Vergl. den §. 269 Note 11 a. E. Seufferts Archiv II, Nr. 27, IV, Nr. 19.

— 28 — 1. Ueber Verjährung der Klage eines Rechners auf Ersatz eines Rechnungsguthabens — ebd. IV, Nr. 202.

— 29 — 2. Ebd. Nr. 201, I.

— 3. Ueber Unterbrechung der Klageverjährung durch Anstellung der Klage vergl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VIII, S. 276.

— 3. Die Verjährung einer Klage wird durch Anstellung einer alternativ concurrirenden nicht unterbrochen — Seufferts Archiv V, Nr. 137.

— 31 — 1. Ebd. IV, Nr. 201, II.

— 32 — 5. Ueber exceptio doli zur Geltendmachung von Billigkeitsrücksichten — ebd. V, Nr. 2.

— 41, 42. Diese §en sind irrig als §. 31, 32 überschrieben.

— 52 Note 5. Ueber Haftung der Stadtgemeinden für die Handlungen einzelner Rathsmitglieder — Seufferts Archiv IV, Nr. 203.

— 11. Daß der Tod aller Mitglieder die Corporation nothwendig auflöse, muß, wo ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zu Grunde liegt, verneint werden. Wenn z. B. in einer Stadt durch Seuchen alle Mitglieder einer Handwerkszunft kurz nacheinander hinstarben, so wäre es es sehr irrig, die Zunft für erloschen und ihr Vermögen für herrnlos oder für Staatsgut zu halten. Savigny, System II, S. 280.

— 12 Zeile 2 statt „der Theilung vorhergehenden Act" lies „der Auflösung vorhergehenden Act".

— 55. Von der juristischen Persönlichkeit städtischer Leihcassen siehe Seufferts Archiv IV, Nr. 5.

— 56 Note 2. Zur Geltendmachung des Einspruches dient actio prohibitoria (oder negatoria). Fr. 11 si servitus vindicetur (8, 5). Vangerow, Auflage VI. §. 353 I, S. 876. Bl. f. R.-A. XVII, S. 225 f.

— 57 — 5. Von der Verpflichtung zum Uferschutze, insbesondere beim Daseyn eines Wehrbaues — Seufferts Archiv IV, Nr. 6, 96.

— 6. Gemeindewege. Dorfstraßen. Anspruch auf Schadensersatz

wegen ruinirender Benützung derselben — ebendas. V, Nr. 3.

Zu §. 57 Note 7. Ueber Mühlenrecht und Wässerungsbefugniß — ebendas. Nr. 140.

— 64 — 5. Von Apotheken als Hauspertinenzen — ebd. IV, Nr. 7.

— 71 — 4. Beizusetzen: Vgl. hierüber §. 265 Nr. 4, §. 534 Note 2 a. E.

— 73 — 2. Von Einwilligung durch Stillschweigen s. Seufferts Archiv V, Nr. 117.

— 74 — 6. Nichtigkeit wegen turpis causa. Ebd. Nr. 118.

— 77 — 6. Vgl. ebd. IV, Nr. 97.

— 87 — 3. A. E. beizusetzen: IV, Nr. 32.

— 88. Unterlassung von Cautelen unschädlich — ebd. Nr. 95.

— 95 Note 1. In Bezug auf den Satz: „Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire“ — vgl. ebd. Nr 109.

— 99 — 3. Von der Beweislast in Bezug auf Verschulden bei Capitalanlagen — ebendas. Nr. 99; — in Bezug auf Schadenszufügungen in gemietheten Localitäten — Bl. f. R.-A. XVII, S. 198.

— 101 — 5. Vom Causalzusammenhange zwischen vorausgegangenem Verschulden und dem unter Miteinfluß eines Zufalles eingetretenen Schaden — siehe Seufferts Archiv IV, Nr. 100, 114. — Von zufälligem Schaden in Folge der Uebertretung einer Polizeivorschrift — ebd. Nr. 48.

— 102. Welcher Ort vertritt bei Stiftungen die Stelle des Domicils? — Ebd. V, Nr. 139.

— 113 Note 5. In einer Entscheidung des O.-A.-G. zu Darmstadt wurde eine exceptio spolii des Vaters gegen die Klage seines in der Gewalt befindlichen, aus der väterlichen Wohnung entwichenen Sohnes angenommen. Ebd. IV, Nr. 120.

— 118 — 3. Vgl. ebd. IV, Nr. 113.

— 5. Ueber Begründung der auf Unvordenklichkeit sich stützenden dinglichen Klagen s. ebd. Nr. 150.

— 119. Nach einer Entscheidung des O.-A.-G. zu Kiel enthält die singuläre Vorschrift des römischen Rechts, vermöge welcher im Falle von Veräußerungen des Fiscus, des Regenten oder dessen Gemahlin der Erwerber gegen alle Anfechtungen geschützt seyn soll, kein dem Staatsvermögen beigelegtes Recht, wie das gesetzliche Pfandrecht des Fiscus, sondern einen dem Regenten, der Gemahlin desselben und den Fiscalbeamten eingeräumten eigenthümlichen Gewaltzweig in Betreff des Vermögens der Unterthanen, mithin einen Grundsatz des römischen Regierungsrechts, in die wohlerworbenen Vermögens-

rechte der Unterthanen einzugreifen, welcher als Theil der in Deutschland nicht recipirten römischen Staatsverfassung mit dieser wegfallen muß. Ebd. V, Nr. 109. — Dagegen eine Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle für die Anwendbarkeit — ebendas. Nr. 108.

Zu §. 123 Note 1. Eigenthumsanspruch, das Erdgeschoß eines Hauses betr. — ebd. IV, Nr. 101.

— 7. Errichtung von Gebäuden an der Gränze des benachbarten Grundstückes. Hammerschlagsrecht. Ebd. V, Nr. 107. — Ueber die bei Neubauten zu beobachtende Entfernung von der Gränze des Nachbars — ebd. Nr. 141.

— 11. Von der nothwendigen Servitut (Wegegerechtigkeit) — s. ebd. IV, Nr. 204.

— 132 — 4 Zeile 5 statt „rerum dom." lies „possess." — Zeile 13 (nach 295) schalte ein: Vom Eigenthumserwerbe bei Einkaufscommissionen siehe ebd. V, Nr. 112. Wenn bei dem Verkaufe der Verkäufer sogleich bezahlt wird, so ist es ihm allerdings gleichgültig, ob der Käufer für sich oder als Commissionär eines Anderen kauft. Geschieht aber der Verkauf auf Credit, und der Käufer hat sich nicht als bloße (außer Haftung bleibende) Mittelsperson eines Dritten dargestellt, so wollte der Tradent bloß dem Empfänger creditiren und Eigenthum übertragen, und sofortiger Eigenthumserwerb für den Committenten findet nicht statt; was von wichtigen Folgen insbesondere in dem Falle ist, wenn der Committent, ohne die Waare bezahlt zu haben, in Concurs fällt, und die Gläubiger den Kaufgegenstand zur Masse ziehen wollen.

— 143 Nr. 1. Von Alluvionen des Meeres — Seufferts Archiv V, Nr. 110.

— 150 Note 1 a. E. Vgl. ebd. Nr. 4.

— 2 Zeile 5 nach „Archiv" schalte ein: „III."

— 152 — 3 a. E. statt „200" lies „400".

— 154 — 10 Zeile 9 statt „olivitum" lies „olivetum".

— 162 — 2. Vergl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. IX, S. 96 f. (Wenn einer Hofraithe das Ueberfahrtsrecht über diejenige des Nachbarn zum Zwecke der Wegschaffung des dort befindlichen Mistes zusteht, so kann von solchem auch Derjenige Gebrauch machen, welcher die berechtigte Hofraithe als Miether allein oder theilweise besitzt).

Nr. 3. Ueber Beschränkung der Ausübung einer Prädialservitut auf den Bedarf des herrschenden Grundstückes — siehe Seufferts Archiv V, Nr. 142.

Note 12 füge bei: Ebd. IV, Nr. 208.

| | | |
|---|---|---|
| Zu §. 164 | Nr. 1 | lit. h. Die serv. stillicidii schließt an und für sich die serv. cloacae nicht in sich. Seufferts Archiv IV, Nr. 209. |
| — 165 | — 1 | Note 9. Daß der zum Gehen Berechtigte auch mit einem Schiebkarren fahren dürfe, läßt sich nicht behaupten. Ebd. V, Nr. 5. |
| | Note 12. | Weiderecht und Forstkultur — ebend. IV, Nr. 102, V, Nr. 143. |
| | — 16 | S. 233 Zeile 9 v. u. Einfluß der Unvordenklichkeit des Auftreibens des Weideviehes eines Mithutberechtigten in nur einer Heerde gegenüber der von letzterem sich angemaßten Befugniß, dieses Vieh in mehreren Haufen zur Weide zu bringen. Ebd. IV, Nr. 113. |
| — 169 | — 20 | Vgl. jedoch ebd. IV, Nr. 206, V, Nr. 192. |
| — 175 | — 2 | füge bei: Ebd. IV, Nr. 205. |
| | — 6. | Ueber außerordentliche Ersitzung der Servituten — ebd. V, Nr. 144. Ob auch gegen einen Gleichbegünstigten — ebd. Nr. 101 vgl. mit Nr. 102. |
| — 181 | — 1. | Von Formulirung einer auf verjährten Besitz sich stützenden Confessorienklage — ebd. IV, Nr. 151. |
| | — 2. | Von actio negatoria (oder prohibitoria) gegen Anmaßungen eines Miteigenthümers — s. oben den Zusatz zu §. 56. Bl. f. R.-A. XVII, S. 225 f. |
| — 197. | | Der Geschäftsführer kann sich für den Geschäftsherrn eine Hypothek wegen einer dem Letzteren zustehenden Forderung bestellen lassen. Seufferts Archiv V, Nr. 114. — Für den Erwerb einer Hypothek wird die ausdrückliche Acceptation von Seiten des Gläubigers nicht erfordert. Ebd. Nr. 115. |
| — 201 | Nr. 1. | Pfandrecht an den in gemiethete Räume eingebrachten Sachen. Belangung eines Rechtsnachfolgers des Miethers, nachdem jene Sachen veräußert worden. Ebd. IV, Nr. 210. |

## II. Band.

| | | |
|---|---|---|
| Zu §. 229 | Note 9. | Beizufügen ist: Bl. f. R.-A. XV, S. 219. |
| — 233 | — 7. | Die Gründe der Annahme, daß 12 Proc. Strafzinsen auch dem praktischen Rechte noch angehören, s. in Note 13 zu §. 506. Die gegentheilige Ansicht hat freilich die Worte der Const. 26 de usuris (4, 32) für sich: „et eam quantitatem usurarum (6 Proc.) etiam in aliis *omnibus* casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.“ |
| | — 9. | Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 14. |

Zu §. 235 Nr. 2. Vom Schadensersatz wegen Ueberschreitung eines richterlichen Zahlungsverbotes — s. Seufferts Archiv V, Nr. 145.

— 242 Note 2 füge bei: Vgl. unten §. 335 Note 5.

— 245 Nr. 3. Ob auch gegen einen Gleichbegünstigten? — Vergleiche Seufferts Archiv V, Nr. 102.

— 256 Note 2. Ueber Vertragseingehung durch Boten — vergl. ebend. Nr. 116.

— 258 — 1. Ueber stip. turp. s. ebd. I, Nr. 195, 196; vom Versprechen oder Bezahlen eines s. g. Schweigegeldes ebendas. II, Nr. 19; von Abfindung des Ehemannes durch den Ehebrecher ebd. III, Nr. 20. S. auch ebd. V, Nr. 18.

— 259 — 11 Zeile 6 lies (§. 124) Note 6, §. 134 Nr. 3. Am Ende der Note füge bei: Nach der Praxis des O.-A.-G. zu Cassel setzt die Anwendung des Verbotes (litigiöse Gegenstände zu veräußern) einen Nachtheil voraus, welcher sich aus der Veräußerung für den Gegner des Erwerbers ergeben würde. Seufferts Archiv III, Nr. 21. (In einem Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck — siehe ebend. V, Nr. 10 — wurde dagegen der Einwand, daß die Uebertragung der eingeklagten Forderung an den jetzigen Kläger für die Beklagte nicht nachtheilig sey, für unerheblich erachtet, da sich eine solche Beschränkung in dem allgemein lautenden Verbote nicht finde). — Tritt ein Mitkläger seinen Antheil an dem geltend gemachten Anspruch an einen Streitgenossen ab, so ist ein Fall des gesetzlichen Verbotes nicht gegeben; ebensowenig bei einer durch „Anschlagscontract" an eines der Kinder geschehenen Veräußerung. Ebd. III, Nr. 22. — Schwebt in Bezug auf ein Gut ein Streit über Pachtverhältnisse oder Servituten ob, so kann darum das Gut selbst in Ansehung von Veräußerungen nicht als res litigiosa angesehen werden. Ebd. Nr. 23.

— 264 Nr. 4. Vom Irrthum des Käufers über die Gutsbestandtheile — ebd. V, Nr. 153.

— 265 Note 9. Großhandel mit Waaren, die in Ballen, Fässern, Kisten u. dgl. gepackt sind — ebd. Nr. 119.

— 266 — 13. Bestehen die Verwendungen in Unterhaltungskosten, insbesondere eines Thieres, so sind solche in der Regel mit dem Vortheil des usus zu compensiren. Ebd. Nr. 120.

— 18. Ebd. Nr. 121. Es ermangelt jeder Begründung, wenn behauptet werden will, daß bei dem Handel über See die Verpflichtung des Verkäufers, fehlerfreie Waare zu liefern, dahin beschränkt sey, daß der Käufer, wenn er in dieser

Hinsicht Ansprüche erheben will, vor der Versendung an Ort und Stelle eine Besichtigung vornehmen lassen müsse. — Aus dem Umstand, daß der Besteller die übersandte Waare bei deren Ankunft an seinem Wohnort als sein Eigenthum und zum Verbleiben im Lande, beim Zoll angegeben und den Zoll bezahlt hat, kann keineswegs gefolgert werden, daß derselbe die Waare, wie sie der Schiffer ablieferte, behalten wollte. . . .

Zu §. 267. Wiefern ist es erheblich, daß sich der Fehler der verkauften Waare beseitigen läßt? — Ebd. V, Nr. 119.

Note 15. Vgl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VIII, S. 269 f.

— 271 Nr. 1. Vom Umfang der Entschädigungsverbindlichkeit in Evictionsfällen — Seufferts Archiv V, Nr. 122.

— 272. In der Ueberschrift ist statt „e" zu setzen „f".

Zur Note 5a vgl. Seufferts Archiv IV, Nr. 213, 1 u. 2. — Zur Note 7 füge bei: Ebd. IV, Nr. 213, 7. — Zur Note 8 ist a. E. beizusetzen: S. auch ebd. IV, Nr. 213, 3. — Zur Note 12 setze bei: Siehe auch Seufferts Archiv IV, Nr. 212. — Zur Note 13a vgl. Seufferts Archiv IV, Nr. 213, 8. — Zu dem Satze der Note 14: „Die Praxis neigt sich u. s. w." vergl. ebd. IV, Nr. 213, 4.

— 276 Note 3. Ueber exceptio non impleti contractus, insbesondere wenn der Kläger zur Erfüllung der contractsmäßigen Leistungen bereit ist, der Beklagte aber noch Sicherstellung in dieser Beziehung verlangt — ebd. V, Nr. 8.

— 4. Vergl. über die Einrede des nicht vollständig erfüllten Vertrages Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VIII, S. 254 f. S. auch Bl. f. R.-A. XVII, S. 235 f.

— 6. Die auf fehlerhafte Erfüllung gebaute exc. non rite impleti contractus ist unvollständig vorgetragen, wenn sie nicht zugleich den dem Beklagten durch die Mangelhaftigkeit der Erfüllung verursachten Schaden enthält, dessen Vergütung compensando begehrt wird. Arg. fr. 6 §. 4 de a. emt. vend. (19, 1). Seufferts Archiv V, Nr. 147.

— 284 — 2. Kann ein Schuldner bei Befriedigung eines Gläubigers, die Zustimmung des letztern vorausgesetzt, mit rechtlicher Wirkung den Vorbehalt machen, daß durch die Zahlung die Rechte des Gläubigers nicht aufgehoben werden, vielmehr zu dem Zwecke fortdauern sollen, um nach späterer Bestimmung des Schuldners cessionsweise an einen andern überzugehen? — Ebd. Nr. 124.

— 287 — 20. Nach der vom Obertribunal zu Stuttgart angenommenen Anwendung der Vorschrift in Constit. 14 §. 1 de

compens. auf das heutige Proceßverfahren hängt die Statthaftigkeit der, wenn auch schon mit der Streit-Einlassung verbundenen Einrede der Compensation mit einer nicht verwandten, d. h. aus einem von dem der eingeklagten Forderung verschiedenen Rechtsgrunde entstandenen Gegenforderung davon ab, daß durch das Verfahren über die letztere die Entscheidung hinsichtlich der klägerischen Forderung nicht auf ungebührliche, den Kläger chicanirende Weise verzögert werde; was der Richter den Umständen des einzelnen Falles gemäß nach freiem Ermessen zu beurtheilen hat Ebd. Nr. 123.

Zu §. 289 a. E. Versprechen: in Kurzem Alles berichtigen zu wollen, gegenüber der Einrede der Compensation — ebd. IV, Nr. 214.

— 296. Von Anforderungs-Unterlassung als Schuldaufhebungsgrund bei Leistungsgegenständen, welche, wie Milch, Butter, Kraut, sich nicht halten, — ebd. V, Nr. 148.

— 298 Note 4. O.-A.-G. zu Celle: Angabe und Nachweis des Rechtsgeschäftes sey zur Sachlegitimation des Klägers nicht erforderlich. Ebd. V, Nr. 150.

— 299 Nr. 4 u. Note 8. Die Vorschrift, wodurch die Uebertragung von actiones in judicium deductae auf andere Personen verboten ist, kann nur auf die selbstständige Cession einer Klage, nicht aber auf den Fall bezogen werden, wenn ein gewisses Klagerecht schon an sich und von selbst, ohne daß es einer besonderen Cession bedarf, mit dem Eigenthum einer Sache verbunden ist, und nun während eines aus diesem Klagerechte erhobenen Processes, welcher die Sache selbst nicht zu einer litigiosa macht, also deren gültige Veräußerung nicht hindert, durch eine Veräußerung der Sache zugleich auch jenes Klagerecht mit auf den neuen Eigenthümer der letztern übertragen wird. Seufferts Archiv V, Nr. 9, 10.

a. E. Vom pactum de non cedendo — ebd. Nr. 11.

— 300 Note 1. Vgl. ebd. Nr 151

— 5. Ueber Garantie für eine cedirte Forderung auf eine Anzahl von Jahren — ebd Nr. 149.

— 303 — 7. Entscheidung des O.-A.-G. zu Lübeck für die a. a. O. adoptirte Ansicht — ebd. Nr. 126.

— 308 — 1. Vergl. Brinz, kritische Blätter (1852) Nr. 1 S. 20 f.

— 309. Ueber Darlehen ohne Numeration, indem der Eine für die Aufnahme in die Handlung des Anderen Diesem statt baaren Einschusses eine Schuldverschreibung ausstellt, — Seufferts Arch. V, Nr. 127.

Note 9. Vgl. unten den Zusatz zu §. 389 Note 1.

— 311 a. E. Wenn von dem Aussteller einer Schuldurkunde oder einer Quittung ein specieller Betrug behauptet wird, durch welchen er

zu deren Ausstellung verleitet worden sey, dann steht der exc. doli specialis die für die exc. non numeratae bestimmte Verjährungszeit nicht entgegen. Seufferts Archiv V, Nr. 152.

Zu §. 316 Note 4a. Ueber die Verbindlichkeit des Staatsfiscus zur Haftung für die auf Anordnung der landesherrlichen Behörden an letztere aus besonderem Anlasse abgelieferten Sachen — ebd. Nr. 135.

— 318. Ueber Sequestration einer Capitalforderung bei dem Streite zwischen mehreren Prätendenten — ebd. Nr. 128.

— 319 Note 1. Vgl. Brinz, kritische Blätter (1852) Nr. 1.

— 323 — 10. Verweigert oder verzögert der Käufer die Erfüllung, so kann das dem Verkäufer gebührende Interesse durch Weiterverkauf der Sache ermittelt werden. Zufolge der Praxis des O.-A.-G. zu Lübeck ist hier nach Analogie der Bestimmung in fr. 1 §. 3 de peric. et comm. (18,6) und der Grundsätze vom Pfandverkauf die Klage auf die Preisdifferenz durch vorgängige Androhung des Weiterverkaufes bedingt. Seufferts Archiv ebd. Nr. 156. Berechtigt aber die Nichterfüllung von der einen Seite auch den anderen Theil, sofern sein Interesse darauf geht, vom Vertrage (Entschädigung vorbehalten) zurückzugehen (§. 246 Nr. 3 und Note 4, §. 370 Note 17), so ist dieser (der Verkäufer) in Folge des Rücktrittes zum Weiterverkaufe ohne vorgängige Androhung für befugt zu achten, kann jedoch den Mindererlös dem Anspruch auf die Preisdifferenz nur insofern zu Grund legen, als zugleich z. B. aus der Vermittlung durch geschworne Mäkler erhellt, es sey nicht unter dem laufenden Preise verkauft worden.

— 324 Nr. 2. Lieferungskauf mit Angabe, die Waare komme von einem auswärtigen Platze. Erfüllungsanerbieten mit auf dem Platze gekauften Waaren — ebd. IV, Nr. 215.

— 5. Handel nach Probe. Redhibition. Beweis (dem Kläger über das Vorhandenseyn vertragsmäßiger Beschaffenheit der Waare obliegend) — ebd. V, Nr. 129. — Beweisführung über die Mustergemäßheit durch Eideszuschiebung — ebd. Nr. 154.

— 326 a. E. Von nicht zugesicherter Vergeltung gewährten Gebrauches — ebd. IV, Nr. 217.

— 327 Nr. 5. Ueber Verbindlichkeit des Gastwirthes (ex locato), für Beschädigungen der vom Gaste inferirten Sachen zu haften, wenn dieser ein Verschulden des Gastwirths oder seiner Dienstleute nachweisen kann — Bl. f. R.-A. XVII, S. 198.

— 329 Note 9. Zur Lehre von der tacita relocatio (eines zur Aufbe-

Aufbewahrung dienenden Raumes) — s. Seufferts Archiv IV, Nr. 218.

Zu §. 331 Note 3. Jedoch muß dem Miether eine billige Frist zur Ausmittlung eines andern Quartiers und Bewirkung des Umzuges gestattet werden. Es ist eine verbreitete Uebung, daß der Käufer die Räumung der Wohnung oder des Pachtgutes erst bis zum nächsten der herkömmlichen oder verabredeten Ziele verlangen kann.

— 332 — 6. Ueber die Befugniß des Dienstherrn, seine Untergebenen, namentlich einen Factor, wegen Widersetzlichkeit zu entlassen, — s. Seufferts Archiv V, Nr. 163.

— 334 — 4. In dem Bestellen einer gewerblichen Arbeit liegt die Zusicherung angemessener Bezahlung. Ebd. IV, Nr. 216. — Ueber nichtversprochene Vergütung für Dienstleistungen vergl. noch Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VII, Nr. 1 (S. 9 f.: „. . . . es kommt Alles auf die genau anzugebenden und, wenn nöthig, zu beweisenden Verhältnisse des Einzelfalles an, aus welchen mit mehr oder weniger Sicherheit ein Schluß auf die Absicht einer Liberalität des Dienstleistenden oder auf beiderseitige Absicht einer Vergeltung der Dienste wird gezogen werden können. Unter Umständen ist indessen Demjenigen, zu dessen Nachtheil jener Schluß gezogen wird, der Beweis nachzulassen, daß die Absicht der Interessenten eine andere gewesen sey. . . . Hatte der Dienstleistende zu unterstellen Grund, daß sich der Empfänger der, zumal auf Bestellung verrichteten Dienste dieselben nur in der Absicht leisten lasse, einen angemessenen Lohn dafür zu gewähren, so muß Letzterer die ihm in der Absicht, einen solchen Lohn anzusprechen, geleisteten Dienste gebührend vergüten, wenn er nicht seinen entgegenstehenden Willen in unzweideutiger Weise zu erkennen gegeben hat.")

— 336 — 5. Ueber die regelmäßige Vollmachtsgränze bei Handlungsreisenden — Seufferts Archiv V, Nr. 130: „Den Handlungsreisenden, welche zum Verkaufe von Waaren abgesandt werden, steht eine Befugniß nicht zu, Differzenen über eingegangene Geschäfte des Hauses abzumachen, insofern sie dazu nicht besonders bevollmächtigt sind."

— 8. Es kommt nicht darauf an, ob der Mandatar bei der Empfangnahme die Absicht gehabt habe, Besitz und Eigenthum der Sache für den Geschäftsherrn zu erwerben. Ebd. Nr. 12.

— 337 — 1. Einkaufscommission. Auslagen-Nachweis des Commissionärs. Ebend. V, Nr. 160. — Von der Befugniß des

Einkaufscommissionärs, im Falle der Annahmsweigerung von Seite des Committenten weiter zu verkaufen — ebd. Nr. 158.

Zu §. 337 Note 4. Von Genehmigung der Geschäftsführung des Mandatars durch Nichtbeantwortung eines Briefes — ebendas. IV, Nr. 211.

— 10. Die Bezugnahme auf fr. 12 §. 7 mand. und auf Buchka (Lehre von der Stellvertretung) sind zu streichen. — In einem Erk. des Obertribunals zu Stuttgart wurde angenommen, die Bestimmung von der solidarischen Haftung mehrerer Mandanten gelte nur für Mandatoren (§. 387). Seufferts Archiv IV, Nr. 258.

— 338 — 2. Von der Klage des Mandanten aus Handlungen des Mandatars — ebd. V, Nr. 13.

— 5a. Vgl. ebd. V, Nr. 159. Del credere Stehen des Einkaufscommissionärs — ebd. Nr. 161; — des Verkaufscommissionärs — ebd. Nr. 162.

— 12 Zeile 1 statt „5" lies „§."

— 339 — 4. Von Verpflichtungen der Lootsen-Gesellschaften aus Verschuldungen einzelner Mitglieder — ebd. Nr. 164.

— 342 — 1. Vgl. Ruhstrat, Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio — im Archiv f. c. Pr. XXXII, Nr. 7; XXXIII, Nr. 3, 9; XXXIV, Nr. 3.

— 343 — 9. S. oben den Zusatz zu §. 233 Note 7 und unten §. 506 Note 13.

— 11. Verpflichtung des Geschäftsführers hinsichtlich eingegangener Capitalien-Zinsverbindlichkeit. Zinsen über den Betrag des Capitals — s. Seufferts Archiv V, Nr. 14.

— 346 Nr. 2. Vergl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VII, Nr. 1 (S. 10 f.: „. . . es muß sich aus den Umständen des einzelnen Falles ergeben, ob die Alimente animo donandi oder pietatis respectu, oder ob sie a. recipiendi s. obligandi gereicht worden sind, ob daher ein Ersatzanspruch überhaupt, insbesondere mittelst der actio neg. gest. contraria, geltend gemacht werden kann, oder nicht. — Wenn insbesondere auf der einen Seite Alimente verabreicht, auf der anderen Seite Dienste geleistet worden sind, ohne daß eine ausdrückliche Vereinbarung darüber zwischen den Interessenten bestanden hat, so muß sich ebensowohl aus den Verhältnissen des Falles ergeben, ob die Absicht beider Theile überhaupt auf eine Vergütung für das Eine oder Andere gerichtet war, und ob im Bejahungsfalle der Gesichtspunkt einer Dienstmiethe (eines Gesindevertrages) der vorherrschende ist, oder ob es zunächst

auf die Alimentation des Dienstleistenden abgesehen war. Im ersteren Falle kann für die dem Dienstleistenden gewährte Wohnung und Kost nichts gefordert, die Vergütung für die Dienste daher auch nicht als durch jene Alimentation compensirt angesehen werden; während im letzteren Falle je nach dem Sachverhältniß entweder ein völliges Gegeneinanderaufheben der beiderseitigen Ansprüche oder doch eine ihrer Beschaffenheit entsprechende Abrechnung der Dienstleistungen auf die Alimentenforderung — vorausgesetzt, daß jene nicht ganz unbedeutend waren und sich nicht als bloße Gefälligkeiten charakterisirten — im Allgemeinen und namentlich dann gerechtfertigt ist, wenn die Dienste auf Verlangen des Alimentengebers gereicht worden sind"). — Von Auslagen des Vaters für Verpflegung und Beerdigung — Seufferts Archiv V, Nr. 15.

Zu §. 346 Note 14 Zeile 6 statt „I, 1" lies „VII, 1 S. 25".

— 356 a. E. Ueber Geltendmachung des Einspruches eines Theilhabers gegen Verfügungen eines anderen in Bezug auf den Gegenstand der Rechtsgemeinschaft s. oben den Zusatz zu §. 56.

— 357 Note 12. S. jedoch Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck vom 21. Jan. 1851: „In dem heutigen, auf der Eventualmaxime beruhenden Processe ist an dem allgemeinen Princip festzuhalten, daß Präjudicialfragen weder nothwendig, noch auch nur regelmäßiger Weise separatim verhandelt und unter Sistirung der Hauptsache zu vorgängiger Erledigung gebracht zu werden brauchen, daß dies vielmehr nur in Ausnahmsfällen und aus besonderen Gründen eintrete." Seufferts Archiv IV, Nr. 152.

— 360 — 5. Vgl. ebd. Nr. 222.

a. E. Von Verjährung der Theilungs-Anfechtungsklage — ebd. Nr. 223.

— 361 Note 3. Gränzberichtigungsklage bei dem Daseyn einer augenfälligen Gränzbezeichnung — ebd. V, Nr. 16.

— 8. Gränzberichtigungsklage, durch welche eine Veränderung des Besitzstandes erstrebt wird — ebd. Nr. 17.

— 363 — 3. Vom Erforderniß der Insinuation beim Forderungsnachlaß — ebd. Nr. 165.

— 364 — 2. Gegen die Erben des Schenkers können Verzugszinsen allerdings begehrt werden. Ebd. Nr. 19.

— 365 — 1. Als eine solche Zufügung kann es nicht angesehen werden, wenn der Schenker später für den Beschenkten freiwillig Schulden bezahlt. Ebd. Nr. 166.

— 8 füge zu „XVI" bei „S. 416".

Zu §. 367 Note 3 Zeile 1 füge bei: Ebd. V, Nr. 18.

— 368. Zur donatio sub modo ist erforderlich, daß unmittelbar an die Schenkung vom Schenker eine Auflage als Modalität der Schenkung geknüpft worden sey. Seufferts Archiv V, Nr. 167. Note 4. S. ebd. Nr. 168.

— 383. Eine neuere Schrift über die Bürgschaft ist: W. Girtanner, die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, historisch-dogmatisch dargestellt. 1850—51.

a. E. Vom Irrthum des Bürgen über Art und Weise der Entstehung des Schuldverhältnisses — siehe Seufferts Archiv V, Nr. 20.

— 384. Von der Bürgschaftsverbindlichkeit eines in allgemeiner Gütergemeinschaft stehenden Ehemannes — ebd. Nr. 22.

— 385 Note 2. Den ersten drei Allegaten füge bei: fr. 43 de solution. (46, 3). S. jedoch fr. 60 de fidej.: „Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit." — Nach (2, 14) schalte ein: Wenn aber der Bürge das beneficium excussionis geltend macht, so kann sich der Gläubiger dagegen auf das mit dem Hauptschuldner eingegangene pactum de non petendo nicht berufen, d. h. er kann die Verweisung an den Hauptschuldner nicht aus dem Grunde ablehnen, daß dieser wegen des pactum de non petendo nicht mit Erfolg belangt werden könne. Denn ein von ihm selbst (oder seinem Rechtsvorfahrer) herbeigeführtes Hinderniß kann ihm nicht zum Vortheil gereichen. Siehe unten Nr. 2 und Note 9 (des §. 385). Vgl. Girtanner a. a. O. S. 516.

Nr. 2 lit. a. Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 21.

— d. Ebd. Nr. 132.

a. E. des §. 385 füge bei: Bei der Verbürgung in Bezug auf eine unbestimmte Reihe künftiger Verbindlichkeiten (z. B. Amtsbürgschaften) kann der Bürge (abgesehen von entgegenstehenden besonderen Verabredungen) jederzeit kündigen. Ebd. V, Nr. 170. — Der Bürge eines Pächters wird dadurch, daß der Verpächter von seinem Rechte, den Pächter auszutreiben, keinen Gebrauch machte, nicht befreit. Ebd. Nr. 133.

— 387. Vergl. Arndts, Lehrbuch §. 353: „Auch das s. g. mandatum qualificatum kann als ein durch wesentliche Unterscheidungsmerkmale von der Bürgschaft verschiedener Begriff nicht mehr festgehalten werden. Dasselbe erfordert wesentlich nur den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen, für eine erst einzugehende oder schon bestehende (und noch weiter zu creditirende) Schuld eines Andern zu haften; da nun dieser irgendwie in beliebiger Form erklärte Wille überhaupt den Begriff der Bürgschaft im heutigen Sinne

ausmacht, so muß jenes immer eine wahre Bürgschaft enthalten, die nur bedingt ist dadurch, daß der Gläubiger dem Mandate gemäß Credit gegeben habe."

Zu §. 389 Note 1. Vergl Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F IX, S. 88 f. (Ausführung im Sinne des in Seufferts Archiv III, Nr. 105 mitgetheilten Darmstädter Präjudizes: „Eine gepflogene Abrechnung, sowie auch das Anerkenntniß einer Verbindlichkeit ist als zureichendes, selbstständiges Fundament zu erachten, wenn darin das Merkmal eines obligatorischen Rechtsgeschäftes, eines Vertrages zu erkennen ist, und zugleich in der Klage, mindestens der Gattung nach, das Rechtsgeschäft oder das Rechtsverhältniß bezeichnet wird, welches den Gegenstand der Abrechnung oder des Anerkenntnisses bildet.") S. auch oben §. 309 Note 8.

Nr. 3. Vgl. oben §. 274 Note 7.

— 401 — 2. Im Falle absichtlicher Schadenszufügung schließt der Umstand, daß ein Versehen des Beschädigten mit untergelaufen, die Verantwortlichkeit nicht aus. Vergl. §. 95 Note 1 a. E.

— 405 Note 17. Vergl. Bl. f. R.-A. XVII, S. 193 f.: „Schweigt der Reisende zu der durch den Anschlag gemachten Eröffnung, so rechtfertigt sich die Annahme, daß er dem Inhalte des Anschlages zugestimmt, daß er die Beschränkung des Gastwirthes zugestanden habe. Denn es liegt hier nicht bloßes Schweigen vor, sondern in Verbindung damit die factische Fortsetzung des Receptionsverhältnisses, von welchem er weiß, daß es der Gastwirth nur unter einer Beschränkung der gesetzlichen Haftung einzugehen gesonnen war. Schweigen unter solchen Umständen mit der Intention, die prädicirte Haftungsbeschränkung vorkommenden Falles nicht gelten zu lassen, wäre Verstoß gegen Treue und Glauben, zur Begründung einer exceptio doli geeignet. . . ."

— 411. Besitzklage, von Deputirten zur Verwaltung einer Debitmasse angestellt, — Seufferts Archiv V, Nr. 24.

— 414 Note 5. Ebd. Nr. 26.

— 25a. Ebd. Nr. 25.

— 415 — 2. Ueber den Begriff des Spoliums — siehe auch ebendas. Nr. 23.

— 418 — 22. Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 171.

— 419 — 3. Der Gebrauch der Nunciation setzt nicht voraus, daß die Grundstücke des Nuncianten unmittelbar an diejenigen gränzen, auf welchen die neue Anlage errichtet wird. Ebd. Nr. 28 lit. b.

Zu §. 419 Note 5. Nach einer Entscheidung des O.-A.-G. zu Celle berechtigt jede Prädialservitut zur Nunciation; es wurde angenommen, daß sich die Beschränkung auf städtische Servituten (s. praed. urb.) nicht rechtfertigen lasse. Ebend. Nr. 28 lit. a.

— 20. Erk. des O.-A.-G. zu Celle: Der Nunciat kann der Nunciation nicht entgegensetzen, daß die im Bau begriffene neue Anlage durch die Demolition einen großen Schaden erleiden werde, wohl aber läßt sich die Wirksamkeit der operis novi nunciatio durch den Nachweis beseitigen, daß die Demolition des novum opus mit Gefahr und einem bedeutenden Nachtheile für das Grundstück des Nunciaten verbunden seyn werde, und braucht diese Gefahr keineswegs gerade eine gemein-schädliche zu seyn. Ebd. lit. f.

— 26. Von der Cautionsleistung, wenn der Fiscus Nunciat ist, — ebd. lit. d. — Das O.-A.-G. zu Celle hat angenommen, daß aus der auf das römische Proceßverfahren sich beziehenden Vorschrift der C. unica cit., nach welcher der Richter in Fällen der novi operis nunciatio verpflichtet seyn soll, den Rechtsstreit binnen 3 Monaten zu Ende zu fördern, von Seite des Nunciaten eine Einrede der Verjährung wider den Nuncianten nicht entnommen werden könne. Ebd. lit. e.

— 421 — 31a. Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 25.

Nach §. 422 ist ein §. 422a. einzuschalten mit der Ueberschrift: Interdicte zum Schutze des Gebrauches öffentlicher Sachen. Der Verfasser war bei Abfassung und Revision des praktischen Pandektenrechtes der auch von Arndts (Lehrbuch §. 332) ausgesprochenen Ansicht, daß die Interdicte, welche den Gebrauch öffentlicher Sachen gegen Beeinträchtigung durch Willkür Einzelner zu schützen bezwecken*), durchgängig nicht mehr praktisch seyen; indem hier nach heutigem Rechte durch obrigkeitliches Einschreiten von Amtswegen, wenn auch auf Privatanzeige, geholfen werde. Indessen ist mir mittlerweile zur Kenntniß gekommen,

*) Vgl. die Pandektentitel: ne quid in loco sacro fiat (43, 6); de locis et itineribus publicis, und ne quid in loco publico vel itinere fiat (43, 7 & 8); de via publica et si quid in ea factum esse dicatur (43, 10); de via publica et itinere publico reficiendo (43, 11); de fluminibus, ne quid in flumine publico ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (43, 12); ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit (43, 13); ut in flumine publico navigare liceat (43, 14); de ripa munienda (43, 15). Dazu noch fr. 1 §. 15, 16, fr. 2 de cloacis (43, 23). Siehe über diese Interdicte Puchta, Pand. §. 35a.

daß Interdicte dieser Art allerdings auch heutzutage noch als praktisch anerkannt werden, insbesondere das: ne quid in loco vel itinere publico fiat, dessen Princip darin besteht, daß auf einem locus publicus (oder iter publicum) keine Anlage gemacht werden soll, durch welche einer Privatperson, auch wenn ihr kein besonderes, durch einen speciellen Titel erworbenes Recht zusteht, ein factischer Schaden und Nachtheil zugefügt wird, außer wenn eine solche Anlage von Seite der höchsten Staatsgewalt, und zwar in dem Maaße gestattet worden, daß dabei jene Benachtheiligung berücksichtigt und ungeachtet derselben die Ausführung der Anlage dennoch genehmigt ist. Fr. 2 pr. §. 2, 10, 16 ne quid in loco publico (43, 8). Das Interdict steht dem Benachtheiligten gegen den Unternehmer der Anlage (Privatperson oder Baubehörde) auf Unterlassung derselben zu. Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 27, 134. S. auch ebd. Nr. 3 S. 7–8.

Zu § 423 Note 10. Vgl. unten §. 668 Note 4.

— 428 — 2. In der gesetzlich bestimmten Anzahl von Tagen müssen sowohl der Schalttag als die Tage des Beischlafs und der Geburt des Kindes mitgezählt werden, und zwar die letzteren nach den Regeln der Civilcomputation; folglich kann es nicht darauf ankommen, ob der Beischlaf zur Vor- oder Nachmittagszeit vollzogen ist. Seufferts Archiv V, Nr. 175.

— 436 Nr. 1. Von der Condiction gegen den Empfänger einer aus Versehen doppelt abgegebenen Waare s. ebd. Nr. 177.

Note 14. Vgl. Bl. f. R.-A. XVII, S. 59.

— 31. S. auch Bl. f. R.-A. XVII, S. 60 f.

— 437 — 1a. Ueber Zurückforderung von Sachen, welche zufolge nicht angenommener Vertragspropositionen hingegeben wurden, — ebend. Nr. 7. — Unstatthaftigkeit des Anspruches auf Zurückgabe, bezügl. Vergütung des ohne bestimmte Aeußerung über die dabei gehegte Absicht Gegebenen oder Geleisteten — ebd. IV, Nr. 233.

— 439 — 7 Z. 2 statt „§. 310" lies „§. 309".

## Band III.

Zu §. 446. Wenn die Braut nach dem Eheversprechen erfährt, daß der Bräutigam früher ein außereheliches Kind erzeugt hatte, so ist das unter Personen niederen Standes kein Grund, das Verlöbniß zu kündigen. Seufferts Archiv V, Nr. 179.

In der Annahme zurückgesandter Brautgeschenke kann factische Zustimmung zur Aufhebung des Eheverlöbnisses liegen. Ebend. Nr. 180.

Zu §. 449. Ueber Erziehung jüdischer Kinder, deren Mutter nach dem Tode ihres Mannes zum Christenthume übertritt und sich mit einem Christen verheirathet — ebd. Nr. 181.

— 453. Der Ehemann ist nicht berechtigt, eine ihm unter einer erst nach dem Tode seiner Ehefrau eingetretenen Bedingung versprochene Aussteuer in Anspruch zu nehmen. Ebd. Nr. 184.

— 458 Note 3. Rückfall der dos profectitia an den Vater, wenn die Tochter Kinder hinterlassen hat; ferner in dem Falle, wenn sie bei der Bestellung der Dos schon aus der väterlichen Gewalt getreten war — ebend. Nr. 182. — Ueber Ausschluß des väterlichen Anspruches auf Zurückgabe der dos profectitia durch den deutschrechtlichen des überlebenden Ehegatten, insbesondere zufolge Erbvertrages — ebd. Nr. 183 a, b.

— 459. Zur Lehre vom periculum bei Dotalsachen — ebd. Nr. 187.

— 469 Nr. 3. Wirksamkeit der Entsagung des Ehemannes auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht an der väterlichen Erbschaft seiner Frau — ebd. Nr. 186.

— 478 Note 6. Ein außerehelicher Vater hatte den Erzeugten in einer öffentlichen Urkunde „seinen Sohn" genannt, ohne die Bezeichnung „unehelich" beizufügen. Der Versuch, diese Aeußerung als Legitimationsact (per nuncupationem filii) geltend zu machen, blieb ohne Erfolg. Ebd. Nr. 189.

— 482 — 4. Ueber eine Quasiemancipation bei der adoptio minus plena s. §. 555 Note 11.

— 486 — 3. Eine Abweichung von dem Rechtsverhältniß der Adventitien scheint es zu seyn, wenn z. B. die bayerische Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 §. 3 Nr. 5 ein Separationsrecht der Kinder des Gemeinschuldners in Ansehung derjenigen Sachen, welche sie von dem Gemeinschuldner selbst geschenkt erhalten haben, nicht anerkennt. Indessen hängt diese Bestimmung mit dem Verhältnisse der väterlichen Gewalt nicht wesentlich zusammen, indem sie ohne Zweifel gleichmäßig Anwendung findet, wenn es sich von Kindern einer Gemeinschuldnerin, von Sachen handelt, welche die Kinder von ihrer in Gant gefallenen Mutter geschenkt erhalten haben. Als Gesetzesgrund stellt sich die Erwägung dar, daß durch gesetzliche Anerkennung eines Separationsrechtes für die von der verganteten Person an ihre Kinder gemachten Geschenke betrüglichen Zuwendungen zum Nachtheil der Gläubiger Vorschub geleistet würde. Erhellt auch im einzelnen Falle aus den Umständen, daß die Schenkung vom Gemeinschuldner seinem Kinde ohne Gefährde gegen die Gläubiger gemacht

worden, so wird doch, wenn sich die Sache in der Gantmasse befindet, der Vindication aus dieser im Hinblick auf die Worte der angef. Stelle „von anderen Personen" nicht stattzugeben seyn.

Zu §. 499 Note 6. Vgl. Seufferts Archiv V, Nr. 192.

— 506 S. 101 Z. 3 statt „Vormundsgelder" lies „Vormundschaftsgelder."

— 507 Note 8. Der Vormund als Ersteher freiwillig subhastirter Mündelgüter — Seufferts Archiv V, Nr. 193.

— 514 — 5. Vgl. auch Bl. f. R.-A. XVI, S. 209 f., 225 f.

— 525 — 19. Wenn die schon vorher niedergeschriebene testamentarische Verfügung im Acte der Testamentserrichtung vorgelesen wurde, und die Willenserklärung des Erblassers nur in bejahendem Zuwinken auf die gestellte Frage (ob das Vorgelesene sein Wille sey?) bestand, so ist das überhaupt, auch in Ansehung der Vermächtnisse, unwirksam. Anders bei speciellem Zuwinken, ein Vermächtniß betr. S. §. 609 Nr. 2.

— 530 — 3. Für die Ansicht, bei letzten Willen zu frommen Stiftungen genüge Gewißheit des Willens, gleichviel mit welchen Mitteln dargethan, — vergl. Schulte in der Gießener Zeitschrift N. F. VIII, Nr. 6. Diese Meinung stützt sich hauptsächlich darauf, daß die in dem cap. 11, X. de testamentis in Bezug genommene Schriftstelle „In ore duorum vel trium testium stat omne verbum" nur von Beweiszeugen verstanden werden könne, und daß schon die Offenlassung des Spielraumes „zwei oder drei" gegen die Annahme einer Bestimmung über Solennitätszeugen spreche. Dagegen macht z. B. Mühlenbruch a. a. O. geltend, daß die päpstliche Bestimmung als singuläres und correctorisches (das frühere nur theilweise abänderndes) Recht zu betrachten, folglich im Zweifel eine Interpretation vorzuziehen sey, nach welcher sie sich so wenig wie möglich von der Rechtsregel entfernt. Das Gesetz spreche überall nicht von der Qualität, sondern nur von der Zahl der Zeugen — es sollen nicht 7 oder 5 Zeugen nöthig seyn, sondern zwei genügen In den Dispositivworten der Decretale heiße es: tribus aut duobus *legitimis* testibus *requisitis*. Nach dem Sprachgebrauche des canonischen Rechtes und der Canonisten weise aber der Ausdruck „legitimi testes" auf civilrechtliche Qualität der Zeugen hin, und das „requisitis" könne nur auf deren Zuziehung bei dem Testamentsact gehen. — Der neuerlich von Schulte vertretenen Ansicht, nach welcher natürlich auch die rogatio testium wegfällt, steht die Mehrzahl der Rechtslehrer und die Auffassung der cano-

nischen Vorschriften in Landrechten, z. B. dem Bayerischen, Württembergischen, zur Seite; — dagegen haben die von Schulte weiter ausgesprochenen Folgerungen: daß ein Haussohn mit Zustimmung des Vaters ad pias causas auch über Adventitien testiren, daß eine Erbeinsetzung zu solchem Zwecke auch durch Zeichen, Wink oder Chiffreschrift geschehen könne, daß bei dergleichen Testamenten der Satz: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" keine Anwendung finde, u. s. w. — die gemeine Meinung gegen sich.

Zu §. 531 Note 11. Von Aufrechthaltung als divisio parentum inter liberos, wenn nach einer mit der Codicillarclausel versehenen testamentarischen Verfügung ein Kind Erbe des gesammten Vermögens werden, die übrigen nicht als Erben eingesetzten Kinder nur bestimmte Summen erhalten sollen, — siehe Seufferts Archiv V, Nr. 199.

— 534. Wenn der Testirer sich den zur Testamentserrichtung drängenden Drohungen und Mißhandlungen entziehen konnte, dies aber nicht that, sondern lieber testirte, so kann das Testament nicht als erzwungen gelten. Seufferts Archiv V, Nr. 195.

— 535. Beweisführung über die Absicht des Testirers durch zwei Zeugen — ebd. Nr. 196.

— 548 Note 1. Die im älteren Testamente enthaltene Codicillarclausel hindert diese Aufhebung nicht. Vgl. §. 640 Note 4a.

— 555 — 4. Vgl. indessen Seufferts Archiv V, Nr. 200.

— 574 Nr. 1. Vgl. Huschke in der Gieß. Zeitschr. N. F. IX, Nr. 2.

— 577 Note 6. Unstatthaftigkeit der gegen einen Besitzer aus singulärem Titel angestellten Erbschaftsklage — Seufferts Archiv V, Nr. 203.

— 584 — 3 füge bei: Bl. f. R.-A. XVII, S. 205.

— 591 — 11. Auch die Verbindlichkeit zur Verzinsung bestimmt sich nach Grundsätzen des Kaufgeschäftes (§. 323 zu Note 5). Vgl. Schäffer in der Gießener Zeitschrift N. F. VIII, S. 248 f.

— 602 — 12. Es fällt nicht unter diese Vorschrift, wenn ein Streittheil in derselben Schrift die Gültigkeit der letztwilligen Disposition als Testament und eventuell, jedoch gleichzeitig, als Fideicommiß kraft der Codicillarclausel nachzuweisen gesucht hat. Seufferts Arch. V, Nr. 204.

— 609 Nr. 2. Die Willenserklärung bei Errichtung eines Vermächtnisses kann auch in Aeußerung eines Auftrages, eines Wunsches, einer Bitte u. dgl., an den Onerirten gerichtet, bestehen. Fr. 115, 118 de legatis I.; C. 2 comm. de leg. (6, 42). Indessen wird doch bei solchen Aeußerungen überall

vorausgesetzt, es habe der Erblasser den Willen gehabt, ein Vermächtniß zu errichten und dem Erben eine rechtliche Verbindlichkeit aufzulegen. Daher wird die Form der Empfehlung im Allgemeinen (abgesehen von begleitenden, für das Gegentheil sprechenden Umständen) nicht für ausreichend erachtet, eben weil darin der Wille der Vermächtnißerrichtung nicht ausgesprochen, vielmehr die Befolgung der Empfehlung mehr in das Ermessen des Erben gestellt zu seyn scheint. Fr. 11 §. 2 de legat. III. vgl. mit fr. 41 §. 6 de fideic. libert. (40, 5) und C. 12 eodem (7, 4). Die voluntatis defuncti quaestio ist hier überall Aufgabe sorgsamer Erwägung des Richters. Vgl. Const. 7 de fideicomm. (6, 42). Seufferts Archiv V, Nr. 207.

Zu §. 640 Note 1. Vgl. den Zusatz zu §. 609 Nr. 2.

— 641 — 11 füge bei: Ueber Pflicht des Fiduciars zur Cautionsleistung und zur Herausgabe eines Inventars — Seufferts Archiv V, Nr. 208.

— 643 Nr. 3 lit. d. S. ebd. Nr. 209.

---

## Nachtrag.

Bd. I. §. 102 Note 6. In Ansehung der Beamten und Soldaten vergl. C. 8 de incolis (10, 39); fr. 23 §. 1 ad municip. (50, 1). Das in Bezug auf Freiheitssträflinge angeführte fr. 22 §. 3 eodem spricht nur von relegatis (Verbannten). Der Anwendung auf Personen, deren Freiheitsstrafe eine zeitlich begränzte ist, stehen allerdings erhebliche Bedenken entgegen, insbesondere bei Freiheitsstrafen von kürzerer Dauer. Der Eintritt in das Strafhaus hat hier keinen Einfluß auf die sich nach den Gesetzen des Wohnortes richtenden Rechtsverhältnisse (§. 17).

# Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Paragraphen.)